

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

# DIREITO SOCIETÁRIO

## *e Globalização*

Coordenação:

**Professora Doutora Lilian Rocha**

**Professor Mestre Henrique Vitali**

**Gabriel R. Rozendo Pinto**

**Leandro Soares Nunes**



*Lilian Rose Lemos Rocha*  
*Henrique Vitali*  
*Gabriel Rocha Rozendo Pinto*  
*Leandro Soares Nunes*

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

# DIREITO SOCIETÁRIO

## *e Globalização*

**Organizadores:**

*Gabriel R. Rozendo Pinto*  
*Leandro Soares Nunes*  
*Naiara Ferreira Martins*  
*Paulo Victor Lima*  
*Pedro Almeida Costa*  
*Pietro Pimenta*  
*Rafael de Almeida Guimarães*  
*Rodrigo Gonçalves Ramos de Oliveira*

Brasília, 2016.

## **REITORIA**

### **Reitor**

Getúlio Américo Moreira Lopes

### **Vice-Reitor**

Edevaldo Alves da Silva

### **Pró-Reitora Acadêmica**

### **Presidente do Conselho Editorial**

Elizabeth Lopes Manzur

### **Pró-Reitor Administrativo-Financeiro**

Gabriel Costa Mallab

### **Secretário-Geral**

Maurício de Sousa Neves Filho

## **DIRETORIA**

### **Diretor Acadêmico**

Carlos Alberto da Cruz

### **Diretor Administrativo-Financeiro**

Geraldo Rabelo

## **INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD**

### **Diretor**

João Herculino de Souza Lopes Filho

### **Diretor Técnico**

Rafael Aragão Souza Lopes

### **Capa**

UniCEUB/ACC | André Ramos

### **Projeto Gráfico e Diagramação**

Ar Design

### **Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**

Caderno de pós-graduação em direito : direito societário e globalização/ organizadores, Gabriel R. Rozendo Pinto ... [et al.] ; [autores] Lilian Rose Lemos Rocha ... [et al.]. – Brasília : UniCEUB : ICPD, 2016.

269 p.

ISBN 978-85-61990-42-8

1. Legislação ambiental. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 347.243.8(094)

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. 3966-1335 / 3966-1336



<b>PREFÁCIO</b> .....	7
<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	9
<b>SEGURO D&amp;O E OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS: ESTUDO DE CASO DO SEBRAE NACIONAL</b> .....	11
<i>DENISE RIOS CAMPOS</i>	
<b>INCENTIVOS ÀS EMPRESAS ESTATAIS PARA A ADOÇÃO DAS MELHORES PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA: UMA ANÁLISE CONCRETA SOBRE OS DESAFIOS E A VIABILIDADE DE ADAPTAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO PARA O SETOR PÚBLICO A PARTIR DE UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A ITAUTEC E A BB TECNOLOGIA E SERVIÇOS</b> .....	37
<i>FREDERICO COSTA MINERVINO</i>	
<b>RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DAS S/A'S EM COMPARAÇÃO COM A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/13)</b> .....	67
<i>GUILHERME NELSON CORRÊA DOS SANTOS</i>	
<b>DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CASO SAMARCO</b> .....	91
<i>IGOR LARA SAMPAIO</i>	
<b>SEGURO GARANTIA: IMPRESCINDIBILIDADE DA BOA-FÉ E DO DEVER DE INFORMAÇÃO</b> .....	111
<i>LUCIANA XIMENES</i>	
<b>DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA SOCIEDADE EMPRESARIAL LIMITADA</b> .....	137
<i>MARCELO GOMES DE FARIA</i>	
<b>APRIMORAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUAS CONDIÇÕES</b> .....	155
<i>MATEUS GONÇALVES BORBA ASSUNÇÃO</i>	
<b>INTERVENÇÃO E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO SISTEMA FINANCEIRO BRASILEIRO - ESTUDO DE CASO "BANCO CRUZEIRO DO SUL"</b> .....	175
<i>RAFAEL CHAVES DE CARVALHO</i>	
<b>PODER DE CONTROLE ACIONÁRIO E ASPECTOS DE VALIDADE DA OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE COMPANHIAS ABERTAS NO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	199
<i>RAMON OLIVEIRA CAMPANATE</i>	
<b>A (EQUIVOCADA) DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DENTRO DE GRUPO SOCIETÁRIO</b> .....	219
<i>RICARDO JOSÉ NUNES SIQUEIRA</i>	
<b>CONTRIBUIÇÃO DESTINADA À SEGURIDADE SOCIAL PELOS COOPERADOS DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DO ART. 22, DA LEI Nº 8.212/1991</b> .....	255
<i>VANDIR ODÁCIO EFEL</i>	



## PREFÁCIO

**P**ioneirismo sempre foi uma característica do UniCEUB; outra característica é a evolução permanente. A Instituição sempre acompanhou a evolução tecnológica e pedagógica do ensino. Isso se coaduna com a filosofia institucional que é a de preparar o homem integral por meio da busca do conhecimento e da verdade, assegurando-lhe a compreensão adequada de si mesmo e de sua responsabilidade social e profissional. Destarte, a missão institucional é a de gerar, sistematizar e disseminar o conhecimento visando à formação de cidadãos reflexivos e empreendedores, comprometidos com o desenvolvimento socioeconômico sustentável.

E não poderia ser diferente. Com a expansão do conteúdo acadêmico que se transpassa do físico para o virtual, do local para o universal, do restrito para o difundido, isso porque o papel não é mais apenas uma substância constituída por elementos fibrosos de origem vegetal, os quais formam uma pasta que se faz secar sob a forma de folhas delgadas donde se cria, modifica, transforma letras em palavras; palavras em textos; textos em conhecimento, não! O papel se virtualiza, se desenvolve, agora, no infinito, rebuscado de informações. Assim, o UniCEUB acompanha essa evolução. É dessa forma que se desafia o leitor a compreender a atualidade, com a fonte que ora se entrega à leitura virtual, chamada de ebook.

Isso é resultado do esforço permanente, da incorporação da ciência desenvolvida no ambiente acadêmico, cujo resultado desperta emoção, um sentimento de beleza de que o conteúdo científico representa o diferencial profissional.

Portanto, convido-os a leitura desta obra, que reúne uma sucessão de artigos que são apresentados com grande presteza e maestria; com conteúdo forte e impactante; com sentimento e método, frutos da excelência acadêmica.





# APRESENTAÇÃO

A industrialização dos meios de produção possibilitou o surgimento da produção em escala, mecanizada, em maior volume e, conseqüentemente, intensificando a circulação de riquezas. Esse tipo de produção em massa foi possibilitado por uma nova instituição social, a empresa, capaz de empregar técnicas de produção que otimizam a criação de produtos, aumentando a eficiência de toda a cadeia produtiva.

A partir de meados do século XVIII a empresa passou a ser protagonista do sistema capitalista, e se tornou a célula social responsável pela dinamização do direito privado, provocando a superação do direito comercial, transformando-o no atual direito empresarial.

No Brasil, a absorção da teoria da empresa somente ocorreu apenas com o advento do Código Civil de 2002, mantendo, em seu artigo 966, a ideia de que as sociedades empresárias foram criadas para reduzir os riscos de mercado, minimizar custos de transação e proteger o patrimônio do empreendedor. Portanto, nossa legislação absorveu, recentemente, a noção de que sem as atividades empresariais, a produção em massa de bens e serviços seria insuficiente para atender às necessidades dos membros da sociedade.

A eficiência das trocas econômicas depende diretamente do crescimento empresarial, uma vez que, gera inclusão no mercado e avanço tecnológico, criando novos empregos e aumentando arrecadação do Estado. Os investimentos privados são a base do processo de desenvolvimento econômico.

Esse raciocínio é o ponto de partida fundamental das disciplinas que ministramos na Pós Graduação Latu Sensu do UniCEUB – Direito Societário e Globalização e Litígios Contratuais. Em ambas, nossos alunos são estimulados a estudar princípios e fundamentos do Direito Empresarial sem as “decorebas” passadas em cursinhos, a fim de que sejam capazes de possuir senso crítico e interpretativo a respeito das constantes alterações legislativas que afetam o instituto da empresa.

Seguindo a tradição do UniCEUB, nossos alunos chegam ao final do curso com plena capacidade de se posicionar criticamente frente a jurisprudência de nossos tribunais, vista como fonte de aplicação do Direito Societário inserido em um contexto de competição empresarial por mercados internacionais. Os cursos utilizam o método do estudo de caso em sala de aula, mesclado com aulas expositivas e apresentação de seminários por parte dos alunos. O método do caso, na tradição norte-americana, é um instrumento didático que objetiva o ensino de habilidades voltadas para o desenvolvimento e a prática do raciocínio jurídico por meio da análise de decisões judiciais. Dessa forma, o aluno UniCEUB conhece o direito praticado, e não apenas o direito “doutrinário”.

Os trabalhos expostos por esta coletânea demonstram esse grau de amadurecimento intelectual e profissional de nossos discentes, que enfrentaram com naturalidade temas tortuosos com problemáticas pouco discutidas pelo Direito Empresarial. Alguns artigos são produtos de monografias de conclusão de curso que atingiram nível de excelência acadêmica, outros são frutos das profícuas discussões em sala de aula, pesquisas extraclasse e extenso material de leitura, que se transformaram em artigos de leitura recomendada a outras discentes.

Os artigos abordam a mais variada temática de Direito Empresarial. Temas como desconsideração da personalidade jurídica, responsabilidade civil das sociedades empresárias por atos de prepostos, governança corporativa, liquidação extrajudicial de instituições financeiras, contratação de seguro de Responsabilidade Civil por instituições integrantes do sistema “S”, Sociedades Anônimas, Cooperativas e contratos empresariais são amplamente debatidos nos artigos que tenho a honra de apresentar.

Em comum, todos trazem uma análise crítica a respeito do entendimento jurisprudencial dos tribunais pátrios a respeito desses institutos, enriquecendo e tornando prazerosa a leitura do Ebook. Com essa linha de pensamento, concluo minha breve introdução com votos de que nossos leitores se interessem pela leitura adiante, que os trabalhos sejam fonte de inspiração para pesquisas e discussões. Com muito orgulho, me despeço de vocês, já ressaltando que, se o nosso corpo discente mantiver a excelente produção, em breve teremos uma nova edição deste ebook.

Um abraço a todos,

Henrique Vitali Mendes



# SEGURO D&O E OS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS: ESTUDO DE CASO DO SEBRAE NACIONAL

Denise Rios Campos.<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. O Papel dos Serviços Sociais Autônomos e o Estado. 2.1. Natureza jurídica. 3. O SEBRAE. 4. Responsabilidade Civil dos Gestores dos Serviços Sociais Autônomos. 4.1. Responsabilidade civil. 4.1.1. Funções. 4.1.2. Pressupostos. 4.1.3. Responsabilidade subjetiva e objetiva. 4.2. O regime jurídico de Direito Público e Direito Privado. 4.2.1. O regime jurídico de Direito Público. 4.2.2. O regime jurídico de Direito Privado. 4.3. O ato regular de gestão e a responsabilidade civil dos gestores do sistema S. 5. Seguro de Responsabilidade Civil dos Gestores dos Serviços Sociais Autônomos. 5.1. Noções gerais acerca dos contratos de seguros. 5.1.1. Normas infralegais. 5.2. O modelo de seguro D&O e a responsabilidade civil. 5.3. A apólice D&O e o sistema S. 6. Conclusão. 7. Referências.

## RESUMO

Este trabalho tem como foco principal a discussão acerca da legalidade dos contratos de seguro de responsabilidade civil de diretores, administradores e gestores dos Serviços Sociais Autônomos, conhecido como seguro D&O, tendo como estudo de caso a contratação realizada em 2012 pelo SEBRAE. A peculiaridade quanto a possibilidade de utilização dessa espécie de seguro está relacionada à natureza jurídica das entidades autônomas, regidas pelo direito privado, responsáveis pela gestão dos recursos públicos que recebem de uma parcela dos tributos do Estado, o que implica na fiscalização de suas atividades pelos órgãos de controle externo e, consequentemente, na responsabilização do gestor indenizar o dano causado pelo risco inerente a tomadas de decisões no exercício de sua atividade. Verifica-se então a importância da contratação do seguro D&O como proteção aos atos regulares de gestão, quando for possível determinar a licitude da conduta do gestor que ocasionou o dano a ser reparado, excluindo, dessa forma, a prática de atos dolosos ou cometidos por meio de fraude com violação a lei. A análise está pautada na atuação do Sistema S, enquanto ente de cooperação com o

---

<sup>1</sup> Bacharel em Relações Internacionais pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB, Especialista em Direito Empresarial e Contratos pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: deniserioscampos@gmail.com

Estado, sem que haja vinculação e subordinação, para a prestação de serviços sociais e na definição do regime jurídico que possibilite a contratação do seguro D&O.

**Palavras-chave:** SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS. SISTEMA S. SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL D&O.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo principal analisar a possibilidade de utilização dos Serviços Sociais Autônomos, denominados Sistema S, na contratação do seguro D&O, enquanto entidades privadas, sem fins lucrativos que atuam em cooperação com a Administração Pública na prestação de serviços sociais, tendo como estudo de caso a contratação do seguro de responsabilidade civil na modalidade D&O pelo SEBRAE Nacional, como ferramenta estratégica da instituição.

O destaque desta análise deve-se ao fato da atuação do SEBRAE ser marcada pela submissão às regras de direito privado, mas também estar sujeito a fiscalização de suas atividades pelos órgãos de controle externo, por ser responsável pela gestão dos recursos públicos que recebe de uma parcela dos tributos arrecadados pelo Estado, o que demonstra a peculiaridade de sua atuação.

O estudo, portanto, baseou-se na análise da estruturação dos serviços sociais autônomos e na definição do regime jurídico e normas infralegais que resultassem no arcabouço legal que possibilitasse a contratação do seguro D&O. A partir deste entendimento gerou-se a compreensão de como uma entidade autônoma detentora de recursos públicos poderia realizar a contratação do seguro D&O, para assegurar aos seus gestores, a proteção em casos de indenizações aos atos danosos praticados no exercício de suas funções.

## 2. O PAPEL DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS E O ESTADO

Para compreender o que são Serviços Sociais Autônomos, inicialmente é necessário distinguir as entidades públicas estatais das entidades públicas não-estatais. As entidades públicas não-estatais prestadoras de serviços sociais representam uma oportunidade para a mudança do perfil do Estado. Essa mudança pode ser representada pela substituição de um Estado Social-Burocrático, que realiza de forma monopolista e ineficiente os serviços sociais e de um Estado

Neoliberal que se pretende mínimo e renuncia as suas responsabilidades sociais, por um Estado Social-Liberal, capaz de projetar os direitos sociais e financiar as entidades públicas não-estatais que atuam de forma mais eficiente e flexível na provisão desses serviços (BRESSER-PEREIRA; GRAU, 1999).

E por serem entidades privadas sem fins lucrativos e exercerem papéis que lhes imprimem uma especificidade em relação ao setor produtivo – a flexibilidade, a existência de experiência especializada e a habilidade para acessar a clientes difíceis de alcançar – são consideradas mais eficientes do que o setor público estatal.

Para Scaff (2001), as entidades públicas não-estatais são consideradas como entes paraestatais que não possuem tipo societário definido em nenhuma norma, mas que se configuram em entes do terceiro setor. A exemplo deste setor estariam os Serviços Sociais Autônomos, criados por lei, com personalidade de direito privado, para ministrar assistência ou ensino a certas categorias sociais ou grupos profissionais, sem fins lucrativos, sendo mantidos por dotações orçamentárias ou contribuições paraestatais.

O Estado não abriu mão da execução do serviço público que a lei lhe atribuiu, nem extinguiu qualquer de seus órgãos ou entidades. O Estado manteve intactas suas atividades e entidades e apenas fomentou, ajudou, subsidiou a iniciativa privada na instituição de entidades do Sistema S (Serviços Sociais Autônomos) que iriam exercer serviços de interesse público (não serviço público), instituindo, para esse fim, contribuição parafiscal para ajudá-las em sua atividade (DI PIETRO, 1996).

O financiamento dos serviços sociais autônomos ocorre por meio da arrecadação e repasse mensal do Estado, referente ao adicional das alíquotas de contribuições sociais. A utilização e a prestação de contas das contribuições sociais destinadas às entidades privadas que prestam serviço social autônomo, são fiscalizadas anualmente pelo Tribunal de Contas da União – TCU, que realiza os apontamentos quanto à malversação nas compras e contratações de serviços pelo uso de recursos públicos.

## **2.1 Natureza jurídica**

Para Di Pietro (1996), existe uma dificuldade na fixação da natureza jurídica dos Serviços Sociais Autônomos e do seu enquadramento ou não dentre

as entidades da Administração Indireta. Decorre do fato de que foram criados na vigência da Constituição de 1946, quando não havia, no direito brasileiro, normas específicas sobre a administração indireta, nem na Constituição e nem na legislação ordinária.

Scaff (2001) argumenta que a função destas entidades não é a de auxiliar o Estado, mas de intervir em área de atividade privada (comércio e indústria) que o Estado decidiu, por razões estratégicas, incentivar. Por esse motivo o autor considera que tais entes não são considerados como integrantes da administração indireta.

Nas palavras de Meirelles (1997, p. 3), “as entidades paraestatais são pessoas jurídicas de direito privado, cuja criação é autorizada por lei específica para a realização de obras, serviços ou atividades de interesse coletivo”. Como exemplo, a autora cita as empresas públicas, as sociedades de economia mista e os serviços sociais autônomos (SESI, SESC, SENAI, SEBRAE, dentre outros), que possuem estrutura e organizações especiais.

Por serem entidades paraestatais autônomas, administrativa e financeiramente, terem patrimônio próprio e operarem em regime da iniciativa particular, na forma de seus estatutos, ficam vinculadas (não subordinadas) a determinado órgão da entidade estatal a que pertencem, o qual supervisiona e controla seu desempenho estatutário, sem interferir diretamente na sua administração.

Os serviços sociais autônomos, como entes de cooperação, do gênero para-estatal, vicejam ao lado do Estado e sob seu amparo, mas sem subordinação hierárquica a qualquer autoridade pública, ficando apenas vinculados ao órgão estatal mais relacionado com suas atividades, para fins de controle finalístico e prestação de contas dos recursos públicos recebidos para sua manutenção (MEIRELLES, 1997).

### **3. O SEBRAE**

O SEBRAE tem por objetivo fomentar o desenvolvimento sustentável, a competitividade e o aperfeiçoamento técnico das microempresas e empresas de pequeno porte industriais, comerciais, agrícolas e de serviços, notadamente nos campos da economia, administração, finanças e legislação; da facilitação de acesso ao crédito; da capitalização daquelas empresas; da ciência, tecnologia e meio ambiente; da capacitação gerencial e da assistência social, em consonância com as políticas nacionais de desenvolvimento (SEBRAE, 2009).

A instituição por ser regida pelo direito privado e por constituir-se em serviço social autônomo - uma sociedade civil sem fins lucrativos que, embora desempenhe função de interesse público, não se vincula à estrutura pública federal (SEBRAE, 2013):

A instituição é fruto, portanto, de uma decisão política da cúpula empresarial e do Estado, que se associaram para criá-la e cooperam na busca de objetivos comuns. É uma entidade empresarial voltada para atender ao segmento privado, embora desempenhe função pública e tenha sempre em consideração as necessidades do desenvolvimento econômico e social do País.

Por meio de parcerias com os setores públicos e privados, o SEBRAE promove programas de capacitação, estímulo ao associativismo, desenvolvimento territorial e acesso a mercados. Trabalha pela redução da carga tributária e da burocracia para facilitar a abertura de mercados e ampliação de acesso ao crédito, à tecnologia e à inovação das micro e pequenas empresas (SEBRAE, 2013).

Parte deste esforço ganhou visibilidade com a aprovação da Lei Geral da Micro e Pequena Empresa (Lei Complementar n.123/2006), que estabeleceu um ambiente que favorecesse o crescimento dos pequenos negócios, por meio do Simples Nacional (Super Simples), que determinou normas gerais relativas ao tratamento tributário diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias.

A Lei Complementar n. 128/2008 alterou a Lei Geral da Micro e Pequena Empresa (Lei Complementar n. 123/2006) e criou condições especiais para que o trabalhador conhecido como informal fosse formalizado.

Essas ações reforçam o papel do SEBRAE como indutor do empreendedorismo e revelam a importância da formalização para a economia brasileira (SEBRAE, 2013).

#### **4. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GESTORES DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS**

A atividade dos agentes responsáveis pelas tomadas de decisão que integram os Serviços Sociais Autônomos, é repleta de questões diretamente

ligadas ao cumprimento de leis que regulam, principalmente, o correto e eficiente emprego das verbas públicas, de modo que possa haver o controle de toda a aplicação de recursos públicos envolvidos.

Embora essas entidades possuam regulamentos próprios, a atuação dos gestores deve ser pautada pela observância a todos os princípios que regem a conduta da Administração Pública, em especial, os da legalidade e moralidade administrativa. Esse último envolve uma ampla noção de que a conduta do administrador deve ser a de sempre agir com base na probidade de seus atos e na observância a tudo que envolve a legalidade, que é o princípio responsável pelo balizamento de sua conduta.

#### **4.1 Responsabilidade civil**

O termo “responsabilidade” tem origem no verbo latino *respondere*, o qual encerra a ideia de atribuir a alguém um dever de restituição ou compensação do bem sacrificado em razão da prática de determinado comportamento, ou, em outras palavras, impor uma sanção àquele que, com sua conduta comissiva ou omissiva, violou bem juridicamente protegido.

Diante desse entendimento é que o dever de indenizar se apóia em princípios jurídicos que podem ser resumidos na máxima *neminem laedere* (não lesar ninguém), impondo ao causador de um dano injusto a obrigação de repará-lo, de modo a resguardar o direito das demais pessoas de não virem a ser prejudicadas pelas condutas dolosas ou culposas de outrem.

Segundo Fiuza (2008), uma situação obrigacional se desdobra em duas relações, uma de débito e outra de responsabilidade. A responsabilidade surge quando a relação de débito não se resolve a contento, isto é, quando o devedor não realiza a prestação a que se obriga. Neste caso é responsabilizado a responder patrimonialmente perante o credor.

##### **4.1.1 Funções**

A principal função da responsabilidade civil é reparatória, pois o que ela objetiva é a reparação do prejuízo econômico sofrido pelo lesado (indenização do dano patrimonial); minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral puro); ou compensar pela ofensa à vida ou à integridade física de outrem.

Atrelado ao objetivo de reparar o dano, a responsabilidade civil não



deixa de ter também um caráter sancionador, haja vista que em maior ou menor grau ela pune o causador do dano. Tem ainda a responsabilidade civil a função preventiva, pois ao obrigar o causador a reparar o dano, ela finda por desestimular a prática dos atos danosos não só pelo mesmo responsável, mas também por outras pessoas.

#### *4.1.2 Pressupostos*

As conceituações apresentadas pelos doutrinadores demonstram que a responsabilidade civil é composta por quatro elementos básicos, os quais constituem os seus pressupostos. São eles: a conduta, representada pela ação ou omissão do agente; o elemento subjetivo, representado pelo dolo ou a culpa; a necessidade da ocorrência de dano; e a relação de causalidade entre a ação ou a omissão e o dano ocorrido.

O pressuposto da conduta é representado pelo ato humano que venha a causar prejuízo a alguém, podendo aludido ato ser comissivo ou omissivo, lícito ou ilícito, voluntário ou objetivamente imputável, próprio do agente ou de terceiros por quem ele responda.

A culpa ou dolo por sua vez são pressupostos da responsabilidade civil representados por serem seus elementos subjetivos. A culpa é caracterizada quando o ato causador do dano foi praticado pelo agente sem a intenção de atingir a esfera jurídica de outra pessoa; já no tocante ao dolo, o que o agente visa com a sua conduta voluntária é justamente impor um prejuízo a outrem.

Na concepção de Maria Helena Diniz (2006, p. 46):

O dolo é a vontade consciente de violar o direito, dirigida à consecução do fim ilícito, e a culpa abrange a imperícia, a negligência e a imprudência. A imperícia é falta de habilidade ou inaptidão para praticar certo ato; a negligência é a inobservância de normas que nos ordenam agir com atenção, capacidade, solicitude e discernimento; e a imprudência é a precipitação ou o ato de proceder sem cautela. Não há responsabilidade sem culpa, exceto disposição legal expressa, caso em que se terá responsabilidade objetiva.

Seguindo o mesmo entendimento de Diniz, o doutrinador Meirelles (2006) explica que culpa e dolo são conceitos diversos. A culpa verifica-se na ação ou omissão lesiva, resultante de imprudência, negligência ou imperícia do agente; o dolo ocorre quando o agente deseja a ação ou omissão lesiva ou assume o risco de produzi-la.

A presença do elemento culpa ou dolo como requisito para a caracterização

do dever de indenizar será sempre exigida quando se tratar de responsabilidade civil subjetiva, conforme positivado no artigo 186 do Código Civil Brasileiro. Quando, porém, se cuida de responsabilidade civil objetiva, o elemento culpa, como pressuposto do dever de indenizar, será substituído pelo conceito de risco provocado por algumas atividades, conforme expressamente estabelecido no artigo 927 do Código Civil.

Para Meirelles (2006), o essencial para existência da responsabilidade civil é que o ato culposo do servidor cause dano patrimonial à Administração. Sem a ocorrência de dano patrimonial não há fundamento para a responsabilização civil, que visa, unicamente, à reparação material, pecuniária, da Administração.

Outro pressuposto da responsabilidade civil é a concorrência do elemento dano, que, em sua conceituação resumida pode ser compreendido pela lesão que o bem juridicamente protegido sofre em função da conduta do agente. Como o objetivo da responsabilização civil é justamente o de impor a obrigação de reparar os prejuízos da ação ou omissão do agente ou de terceiro por quem ele responda, não se pode falar em dever de indenizar sem a existência de um dano.

Por fim, em se tratando de responsabilidade civil, o pressuposto do chamado nexo de causalidade, vem a ser a relação de causa e efeito entre a conduta do agente e o dano sofrido pela vítima. Na visão de Sérgio Cavalieri Filho (2004), inexistindo essa relação, não se pode conceber a imposição do dever de indenizar, como se dá, por exemplo, na hipótese de o dano decorrer de culpa exclusiva da vítima.

#### *4.1.3 Responsabilidade subjetiva e objetiva*

A responsabilidade civil será subjetiva quando a obrigação de ressarcir o lesado pressupor que o dano ocorrido resulta de uma ação dolosa ou culposa do seu causador.

Quando, porém, o surgimento do dever de indenizar independe de culpa, se fundando no risco que a atividade do agente gera para terceiros, a responsabilidade será objetiva e o dever de reparar o dano existirá ainda que não se apure ação culposa.

Na responsabilidade objetiva, cumprirá à vítima demonstrar apenas que o dano por ela sofrido é indenizável e a existência de nexo de causalidade entre ele e a ação ou omissão do agente causador. Inexiste, nesse caso, necessidade de que se perquirir acerca do elemento culpa, o qual somente será examinado se o

agente causador do dano se eximir do dever de indenizar ou atenuá-lo, alegar culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiros.

Para a responsabilidade subjetiva ser reconhecida é necessário a presença de quatro pressupostos essenciais, quais sejam: a conduta, o dano, o nexo de causalidade entre o dano e a conduta e o dolo ou a culpa. Já na responsabilidade objetiva, também denominada responsabilidade pelo risco criado, não há necessidade de existência do dolo ou da culpa, prescindindo-se, portanto, do elemento subjetivo para a sua caracterização.

Tanto na responsabilidade objetiva como na subjetiva, é imprescindível que seja evidenciada a relação de causalidade entre o ato e o dano para que se configure a responsabilidade pela reparação do dano.

## **4.2 O regime jurídico de Direito Público e de Direito Privado**

Para Sérgio Cavalieri Filho (2005) as entidades de direito privado, enquanto prestadoras de serviços públicos, respondem em nome próprio, com o seu patrimônio, pelos danos causados a terceiros, e não o Estado. Diante dessa afirmação, não há responsabilidade solidária entre os prestadores de serviços públicos e o ente público ao qual estão ligadas.

Ainda segundo o doutrinador, o objetivo da norma constitucional foi de estender as entidades privadas prestadoras de serviços públicos, a responsabilidade submetida ao regime jurídico público, no que tange à responsabilidade civil perante terceiros.

Em que pese não haver dúvidas quanto à equiparação das Entidades do Sistema S às pessoas jurídicas de Direito Público no tocante as regras de Responsabilidade Civil perante terceiros, é preciso estabelecer o regime aplicável aos Gestores dessas entidades em relação à própria pessoa jurídica a qual se vincula, a fim de possibilitar a análise da legalidade da contratação do Seguro de Responsabilidade Civil D&O.

### *4.2.1 O regime jurídico de Direito Público*

A Constituição Federal de 1988 disciplinou a responsabilidade civil do Estado no § 6º de seu artigo 37, com a ampliação do campo de apreciação da responsabilidade civil por conta do Estado, estendendo às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (BRASIL, 1998).

Meirelles revela que, sob a ótica das prestadoras de serviços públicos, o

constituente estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus empregados, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão (MEIRELLES, 1991).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2010), a responsabilidade objetiva do Estado está presente sempre que seus agentes incorrerem em uma conduta comissiva, ou seja, quando o Estado é quem produz o evento danoso. Por sua vez, a responsabilidade subjetiva caracteriza-se quando o agente público, em razão de uma conduta omissiva, gerar danos a terceiros, sendo necessária a existência de dolo ou culpa.

Neste sentido, o Estado será responsabilizado objetivamente sempre que causar prejuízo aos administrados por uma ação imediata ou, ainda, quando devido ao exercício de atividades que lhe são próprias e, por consequência, dos riscos assumidos, for responsável mediato pelo evento gerador do dano (TEIXEIRA, 2011).

Em contrapartida, a responsabilização subjetiva, oriunda de uma omissão Estatal, baseia-se na teoria da culpa ou na falta de serviço, sempre que o Estado, de alguma maneira, apresentar falha em seus serviços, que cause lesão a um terceiro (MELLO, 2010). Neste caso, se o estado nada realizou, não pode se presumir a existência de um dano. Assim, deverá ser responsabilizado apenas nos casos em que descumpriu o seu dever legal, em que deveria impedir o dano (TEIXEIRA, 2011).

Diante dessas considerações, podemos analisar que as regras aplicadas à Administração Pública, ao exercerem atividades administrativas, consideradas como atividades meio, obedecem ao regime de direito público. Isso porque, para a realização de certame licitatório ou concurso público para provimento de novos servidores é necessário seguir a legislação aplicada para cada ato administrativo, submetido ao regime jurídico público.

Neste regime, a fiscalização dos atos administrativos e de seus gestores é exercida pelo Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo responsável por determinar se a conduta dos agentes públicos segue os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência previstos no caput do art. 37 da Constituição, considerados os pilares principiológicos de toda Administração Pública sem prejuízo de outros que sejam previstos no

próprio texto constitucional ou na legislação esparsa e, que muitas vezes, são responsáveis pela ponderação de valores constitucionais.

Quanto à legalidade da contratação do seguro de responsabilidade civil na modalidade D&O, não podem nem as regras de direito público, nem os princípios a elas relacionadas, serem tratados como obstáculos para a sua contratação, pois não se mostram incompatíveis com qualquer seguro de responsabilidade de administradores de entes integrantes da administração pública.

A análise quanto a viabilidade de utilização dessa espécie contratual por integrantes da administração pública não deve ser tratada sob a única perspectiva das diretrizes do direito público, cabendo ressaltar que não se pode segregar a responsabilidade do gestor público, que é pessoal, pelos atos que envolvam o erário, nem se pode adotar uma interpretação rígida dos princípios previstos no art. 37 da CF.

A possibilidade de contratação do seguro D&O no regime de direito público está diretamente relacionada aos atos que não violem disposições legais, no que tange as leis em sentido estrito, regulamentos, estatutos e a própria Constituição Federal, não podendo ser adotada a utilização dessa espécie de seguro como uma oportunidade para a prática de atos de improbidade administrativa.

#### *4.2.2 O regime jurídico de Direito Privado*

No art. 43 do Novo Código Civil, que repete de forma quase idêntica os preceitos da responsabilidade civil previstos no art. 37, § 6º, da Constituição (BRASIL, 2002), as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Em comparação ao dispositivo constitucional, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010) contesta o art. 43 do Código Civil de 2002, porquanto não se refere à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, expressamente citada na Constituição, sendo totalmente omissa nesse ponto.

Segundo Telles (2012), uma vez que a responsabilidade civil do Estado, não podendo se enquadrar nos artigos 37, § 6º, da Constituição e 43 do novo Código Civil, estaria enquadrada na regra geral prevista no art. 186 do Código Civil, que se refere aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Na conceituação do ato ilícito, o Código Civil remete ao art. 187, caracterizando-o como o ato cometido pelo titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé, ou pelos bons costumes. O art.186 define como o ato ilícito, a violação do direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (BRASIL, 2002).

Para Fernando Noronha (2007), são considerados atos ilícitos todas as ações ofensivas de direitos alheios, proibidas pela ordem jurídica e imputáveis a uma pessoa a título de culpa ou dolo. Na visão do autor, houve um equívoco em trazer para dentro da noção de ilícito, a ideia de dano, como faz o art. 186.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2010) aduz que a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento *ilícito*. E, sendo responsabilidade por *ilícito*, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do *Estado* (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

Sérgio Cavalieri Filho (2005) afirma que não havendo previsão legal de responsabilidade objetiva, ou não estando esta configurada, será sempre aplicável a cláusula geral da responsabilidade subjetiva se configurada a culpa, nos termos do art.186 do Código Civil.

No art. 927 do Código Civil, parágrafo único, a responsabilidade civil é tratada não apenas como o dever de ressarcir dano causado por ato ilícito, mas também a obrigação de reparar prejuízo, independente de culpa, tanto nos casos específicos em lei ou quando atividade normalmente desenvolvida pelo lesante implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (BRASIL, 2002).

Portanto, a subjetividade é regra no Direito Privado, uma vez que as hipóteses de Responsabilidade Objetiva são expressamente previstas.

#### **4.3 O ato regular de gestão e a responsabilidade civil dos gestores das entidades do sistema S**

Segundo o artigo 1.010, do Código Civil, o administrador deve observar, no desempenho de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem probo emprega na administração de seus próprios negócios.



Conforme o artigo. 158 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), os administradores não são pessoalmente responsáveis pelos atos que praticam em nome da companhia em virtude de ato regular de gestão ou “*business judgement rule*”, entretanto, são pessoalmente responsáveis pelos prejuízos causados em função de agirem com culpa e dolo dentro de suas atribuições ou poderes – presunção de inocência – ou com violação de lei ou estatuto – presunção de culpa e inversão do ônus da prova (CARVALHOSA, 2009). Esse entendimento é traduzido no art. 43 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Os gestores também não respondem por atos ilícitos praticados por outros administradores, salvo quando for com eles conivente, se negligenciar em descobri-los ou deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedi-los. Ressalta-se que não há responsabilidade para o administrador que consignar sua divergência em ata ou documento apartado. Contudo, deve-se levar em consideração o princípio da função social na interpretação das normas relativas à empresa (CARVALHOSA, 2009).

É importante observar que a questão da responsabilidade dos tomadores de decisão sempre se relaciona com a noção de sua atuação ser regular ou não, ou mesmo com a noção de dolo ou culpa, de maneira que essa cisão é de fundamental importância para que se impute, em maior ou menor grau, a responsabilidade diante do caso concreto.

A atuação regular do gestor é permeada por riscos naturais e por variações impostas pelo próprio mercado no qual o ente ao qual está ligado atua. Por mais zelosa e cuidadosa que seja está sujeita a riscos que, muitas vezes, fogem a alçada de prudência do bom administrador, o que torna esse tipo de atividade profissional bem peculiar no mercado de trabalho (BASTOS, 2013).

Essa noção é muito bem constatada em diversas situações no cotidiano dos Serviços Sociais Autônomos, principalmente, pela atividade preventiva exercida pelos órgãos de fiscalização, que muitas vezes, atuam investigando uma situação e constatando a ausência de qualquer irregularidade (BASTOS, 2013).

E por serem pessoas jurídicas de direito privado, a legalidade de atuação dos Gestores das Entidades do Sistema S está associada ao regime jurídico de direito privado, o que possibilita a esse Sistema a autonomia administrativa necessária para a contratação do Seguro de Responsabilidade Civil D&O.

A responsabilidade civil destes gestores não está relacionada apenas como

o dever de indenizar o dano causado por ato ilícito, mas decorre da obrigação de reparar prejuízo, independente de culpa, tanto nos casos específicos em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo lesante implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Fabio Ulhoa Coelho (2005) afirma que a ilicitude ou licitude da conduta do sujeito a quem se imputa a responsabilidade civil é que define, respectivamente, a espécie subjetiva e objetiva. Segundo o doutrinador, quem responde subjetivamente fez algo que não deveria ter feito, ou seja, praticou ato ilícito. Por sua vez, quem responde objetivamente fez só o que deveria fazer, mas se verifica em relação a ele o fato jurídico descrito na lei como ensejador de responsabilidade. É irrelevante analisar se o sujeito a quem se imputa a obrigação foi negligente, imprudente, imperito ou teve a intenção de causar danos. Sua responsabilidade existirá e terá a mesma extensão em qualquer hipótese, a licitude será o fator determinante de sua conduta causadora do dano.

Por este motivo é possível afirmar que a responsabilidade civil objetiva é a espécie utilizada na contratação do seguro D&O para os gestores do Sistema S, haja vista que o elemento culpa, como pressuposto do dever de indenizar, será substituído pelo conceito de risco, intrínseco aos atos regulares de gestão destas entidades.

A objetividade da responsabilidade permite a abstração de qualquer juízo de valor na imputação da obrigação. Por este motivo a responsabilização dos gestores das entidades autônomas realizada pelo TCU tem como objetivo indenizar o dano causado pelos atos de gestão a alguma pecha de desconformidade com as regras de direito privado, independente de culpa.

Contudo, a prática de atos ilícitos de gestão não apenas desconfigura a responsabilidade civil objetiva, como também impossibilita a contratação do seguro D&O, uma vez que o risco deixa de existir e a má-fé do gestor é comprovada, principalmente quanto a malversação do recurso público aplicado.

## **5. SEGURO DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GESTORES DOS SERVIÇOS SOCIAIS AUTÔNOMOS**

### **5.1 Noções gerais acerca dos contratos de seguro**

Definido como um contrato típico, o contrato de seguro estava definido no art. 1.432 do Código Civil de 1.916 como aquele pelo qual uma das partes

se obriga para com a outra, mediante a paga de um prêmio, a indenizá-la do prejuízo resultante de riscos futuros previstos no contrato. Esse tratamento foi mantido no art. 757 do Código Civil, “pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados”. (BRASIL, 2002)

O segurador é aquele que suporta o risco assumido mediante o recebimento do prêmio. A atividade do segurador é exercida por companhias especializadas, ou seja, por sociedades anônimas, previamente autorizadas pelo Governo Federal. O segurado é aquele que tem interesse direto na conservação da coisa ou da pessoa, fornecendo uma contribuição periódica e moderada, ou seja, o prêmio em troca do risco que o segurador assumirá de indenizá-lo pelos danos sofridos.

Segundo Cavalieri Filho (2008, p. 419) “seguro é contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagar-lhe uma determinada indenização, prevista no contrato, caso o risco a que está sujeito se materialize em um sinistro. Segurador e segurado negociam as consequências econômicas do risco, mediante a obrigação do segurador de repará-las. Frise-se que em se tratando de contrato de seguro, o segurador só poderá se exonerar de sua obrigação se ficar comprovado o dolo ou a má-fé do segurado. Da mesma forma, o agravamento do risco pode servir de preceito ao não pagamento do sinistro, haja vista o desequilíbrio da relação contratual, onde o segurador receberá um prêmio inferior ao risco que estará cobrindo, em desconformidade com o avençado”.

A aplicabilidade desse entendimento está prevista no artigo 768 do novo Código Civil (BRASIL, 2002) em que o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato.

Cavalieri Filho (2008) afirma que existem três elementos essenciais do seguro: o risco, a mutabilidade e a boa-fé. O autor conceitua o risco como a possibilidade de dano decorrente de acontecimento futuro e possível, mas que não depende da vontade das partes. Por ser o elemento material do seguro, a sua base fática, é possível afirmar que onde não houver risco, não haverá seguro. Para Cavalieri Filho (2008), ao contrário da ação dolosa ou de má-fé cometida pelo segurado, a ação culposa é considerada um dos principais riscos cobertos pelos contratos de seguro.

Quanto à vigência do contrato de seguro, o artigo 206, § 1º, II do Código Civil estabelece que a prescrição se dá no prazo de um ano, tanto para ação do segurador contra o segurado quanto vice-versa.

Cavalieri Filho (2008) discorda de tal posição, afirmando que o código do consumidor estabeleceu prazo prescricional de cinco anos para todos os casos de pretensão à reparação de danos causados por fato do produto e do serviço. E como esse Código se aplica à atividade securitária, temos como certo que o prazo para o segurado exercer a sua pretensão contra o segurador, tratando-se de relação de consumo, não é mais de um ano, mas sim de cinco anos.

#### *5.1.1 Normas infralegais*

O novo Código Civil brasileiro instituiu um capítulo específico dedicado ao contrato de seguro. Os preceitos formulados pelo Código Civil fixaram os princípios essenciais do contrato e disciplinaram os direitos e obrigações das partes, de modo a evitar e dirimir conflitos entre os interessados.

Esses princípios foram fundamentais para a regulação do mercado de seguros exercida pela Superintendência de Seguros Privados - Susep, autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro.

Dentre as finalidades da Susep está em preencher os conceitos abertos previstos na lei, por meio de normas infralegais, dando-lhes conteúdo concreto em cada situação.

**Por meio da Circular nº 437 de 14.06.2012, alterada pela Circular nº 476 de 22.09.2013, a Susep estabeleceu as regras básicas para a comercialização do Seguro de Responsabilidade Civil Geral.**

De acordo com o art. 5º da Circular, a Sociedade Seguradora garante ao Segurado, quando responsabilizado por danos causados a terceiros, o reembolso das indenizações que for obrigado a pagar, a título de reparação, por sentença judicial transitada em julgado, ou por acordo com os terceiros prejudicados, com a anuência da Sociedade Seguradora, desde que atendidas às disposições do contrato (SUSEP, 2012).

O Seguro de Responsabilidade Civil Geral abrange várias modalidades, garantindo, entre outras coberturas, os prejuízos resultantes da exploração de determinada atividade, no exercício de certas profissões. Dentre essas modalidades o art. 6º da Circular Susep nº 437 denomina o seguro de

responsabilidade civil profissional voltado para os profissionais liberais; o seguro de responsabilidade civil de diretores e administradores de empresas e o seguro de responsabilidade civil de riscos ambientais (SUSEP, 2012).

A Circular Susep nº 437 apresenta as condições contratuais do Plano de Padronização do Seguro de Responsabilidade Civil Geral, entretanto, o art. 4º dispõe que as Sociedades Seguradoras poderão submeter produtos próprios, como Planos Não-Padronizados, contemplando o Seguro de Responsabilidade Civil Geral, respeitadas as normas vigentes e as disposições contidas no art. 7ª da Circular (SUSEP, 2012).

O seguro de responsabilidade civil, segundo a doutrina, é o contrato pelo qual se transfere, mediante prêmio estipulado ao segurador, as consequências de danos causados a terceiros pelos quais o segurado possa responder civilmente (DINIZ, 2006).

Para Maria Helena Diniz (2006), o seguro de responsabilidade civil distingue-se dos demais por garantir uma obrigação, enquanto os outros garantem direitos reais ou pessoais.

O seguro de responsabilidade civil transfere para a seguradora a obrigação de pagar as perdas e danos decorrentes de ato lesivo de segurado, liberando-o, assim, do risco de ser responsável pelo ressarcimento dos prejuízos que causou, mantendo a integridade de seu patrimônio (DINIZ, 2006).

O novo Código Civil simplificou a execução do seguro de responsabilidade civil, dando-lhe maior eficácia e possibilitando ao segurado a exoneração inclusive do ônus da defesa. Conforme previsto no artigo 787, § 1º ao § 4º do Código, o segurador, no seguro de responsabilidade civil, garante o pagamento de perdas e danos devidos a terceiros pelo segurado.

Para isso, o segurado, assim que souber das consequências de seu ato, suscetíveis de gerar a responsabilidade incluída na garantia, deverá comunicar o fato ao segurador. Não podendo, ainda, o segurado reconhecer sua responsabilidade, nem confessar a ação e muito menos transigir com o terceiro prejudicado, chegando a um acordo, ou pagar a indenização diretamente, sem anuência expressa do segurador. Se a ação for movida contra o segurado, este deverá dar ciência da lide ao segurador. Se houver insolvência da companhia seguradora, subsistirá a responsabilidade do segurado perante terceiro (DINIZ, 2006).

Para José de Aguiar Dias (1979), é preciso ressaltar que não há solidariedade entre o segurado e o segurador da responsabilidade civil, pois o autor do dano é responsável em razão do fato lesivo e o segurador, em virtude de contrato, de maneira que só responde nos limites contratuais.

Neste sentido, Antunes Varela (1999) afirma que a obrigação do segurador encontra-se limitada na indenização devida à vítima, pois o segurador não poderá ser responsabilizado por soma superior à que o segurador deveria pagar, na ausência do seguro. Essa limitação também está prevista nas cláusulas contratuais válidas, visto que as partes podem convencionar a sua extensão e suas condições de exigibilidade.

## **5.2 O modelo de seguro D&O e a responsabilidade civil**

O Código Civil de 2002 ampliou o enfoque atinente à responsabilização civil dos administradores das sociedades nos artigos 1.011 e 1.016 (BRASIL, 2012) ao mencionar que o administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios, portanto, respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

A Responsabilidade Civil do administrador diz respeito não só aos atos praticados pelo próprio gestor na tomada de uma decisão, mas, também, em relação aos atos praticados pelos seus subordinados.

O seguro de responsabilidade civil dos administradores, gerentes e diretores, conhecido como D&O (*Directors & Officers Liability Insurance*), garante a defesa jurídica e protege o patrimônio pessoal destes dirigentes no caso de processos contra eles movidos e que tenham a sua origem em atos ou omissões emergentes da sua qualidade de líderes, no processo de tomada de decisões (VAMPEL, 2004).

O seguro é contratado pela empresa em nome de seus executivos e cobre custos de defesa legal e indenizações decorrentes de processos judiciais e administrativos aos quais estes estejam sujeitos por conta de reclamações feitas, em razão do exercício de seu cargo, na organização.

O seguro D&O pode configurar-se como um interessante e relevante mecanismo para garantir a efetividade de ações de responsabilidade civil. Isto



porque, respeitadas as condições da apólice, o seguro garante o patrimônio do administrador e, em consequência, o pagamento de indenizações aos prejudicados.

Ademais, a possibilidade de responsabilização dos administradores e, conseqüentemente, do comprometimento de seus bens pessoais, apresenta-se como um entrave ao recrutamento de profissionais qualificados para os cargos de administração. Da mesma forma, a responsabilização pode gerar um incentivo a gestões excessivamente conservadoras que possivelmente não atenderiam ao interesse social (RODRIGUES, 2011).

A despeito dos benefícios oferecidos, o seguro D&O também é alvo de críticas. Na percepção de alguns autores (RODRIGUES, 2011), o seguro, ao blindar o patrimônio dos administradores em casos de ações indenizatórias, estaria contribuindo para que os agentes se furtassem aos deveres e cuidados que lhes são correlatos. Em outras palavras, o administrador estaria em uma posição confortável para reduzir seu grau de diligência e assumir riscos excessivos no exercício de suas atividades.

A ideia por trás dessa crítica é de que a responsabilidade civil dos administradores, por meio da condenação do réu ao pagamento de indenização, exerce uma função de dissuasão (*deterrence effect*). Ou seja, a possibilidade de incorrer em perda pecuniária incentiva o administrador a agir em conformidade com seus deveres fiduciários. Nesse sentido, o seguro D&O neutralizaria o poder de dissuasão da responsabilidade civil na medida em que nenhuma perda pecuniária recairia sobre o administrador (RODRIGUES, 2011).

Essa visão, contudo, não parece ser a mais acertada. Primeiro, os seguros D&O não protegem o patrimônio do administrador em qualquer hipótese. Conforme o modelo clássico de seguro D&O, casos de má-fé e dolo excluem a obrigação do segurador de indenizar a parte segurada. Assim, se o administrador age em desacordo com seus deveres fiduciários de forma deliberada, já tendo em vista sua isenção patrimonial face aos danos promovidos, certamente incorrerá em conduta eivada de má-fé e, portanto, fora das condições de cobertura da apólice.

Assim, qualquer eventual incentivo para que administradores reduzam seu grau de diligência no exercício de suas atividades é contrabalanceado pelo risco de que as condutas danosas não sejam cobertas pelo seguro D&O e,

portanto, de que o administrador, ao fim, tenha que recompor os prejuízos por ele gerados a partir de seu patrimônio próprio.

### **5.3 A apólice D&O e o sistema S**

O ponto central deste estudo é a contratação do seguro de responsabilidade civil aplicado aos gestores e administradores dos Serviços Sociais Autônomos. Os Conselheiros, Diretores, Administradores e Gestores são responsáveis pela gestão das decisões primordiais da instituição, no exercício de suas atividades. Não há dúvidas que o descumprimento dos deveres legais e/ou contratuais da cúpula decisória do Sistema S pode gerar danos à instituição, a responsabilização do administrador e comprometendo a integridade de seu patrimônio.

Pela sua natureza jurídica o SEBRAE é enquadrado como entidade privada sem fins lucrativos, de interesse coletivo e utilidade pública, alocada entre as demais pessoas jurídicas do Sistema S. Não se trata, portanto, de órgão ou entidade de administração pública federal.

Ademais, justamente por não se tratar de órgão ou entidade vinculada à Administração Pública Direta ou Indireta, somente se aplicam aos Serviços Sociais Autônomos as regras de contratação especificadas em seu regulamento de licitações e contratos, que sistematizam e padronizam seus procedimentos licitatórios e contratuais à luz da Constituição Federal e dos princípios licitatórios.

Neste caso, a licitação deverá ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos, inadmitindo-se critérios que frustrem seu caráter competitivo.

Diante desse entendimento Marçal Justem Filho (2002, p. 30) assim leciona:

Como regra, a ausência de controle público importa ausência de submissão ao regime da Lei nº 8.666/93. Assim, uma entidade privada que receba verbas públicas para desempenho de certas atividades socialmente relevantes não estará obrigada a cumprir as exigências da Lei nº 8.666/93.

Embora o SEBRAE Nacional possua seu próprio regulamento, sem estar sujeito à legislação aplicada a Administração Pública Direta ou Indireta, o rito procedimental é semelhante ao praticado nas entidades públicas.

A contratação de prestação de serviços ou aquisição de bens é, em regra,

precedida da apresentação do Projeto Básico ou Termo de Referência, elaborado por técnico com qualificação profissional pertinente às especificidades do serviço a ser contratado e/ou bens a serem adquirido devendo o Projeto ou o Termo ser justificado e aprovado pela autoridade competente.

Em 2010 o SEBRAE Nacional elaborou Termo de Referência para a contratação do seguro de responsabilidade civil D&O, que teve como elemento inicial a justificativa da necessidade da contratação, com fundamento no Código Civil e nas normas infralegais regulamentadas pela Susep. O termo apresentava a justificada para a contratação levando em consideração os seguintes aspectos (SEBRAE, 2012):

Desenvolver a gestão ou a direção de uma empresa ou instituição é assumir responsabilidades, e aqueles que a lideram convivem diariamente com os riscos inerentes ao negócio, onde o arco de responsabilidades não está atrelado apenas ao sucesso ou insucesso de sua atividade.

Por lei, são os executivos da alta direção (conselheiros, diretores, administradores e gestores) que respondem, pessoalmente com seu patrimônio, por danos causados à própria empresa e a terceiros, caracterizando-se dessa forma a sua responsabilidade civil, pelos atos decorrentes de sua atuação profissional, que também sujeita-se a constantes auditorias de órgãos de controle interno e externo.

Assim sendo, tendo em vista a atividade desempenhada pelo Sistema SEBRAE, consoante seu objeto social, principalmente na condução de projetos e considerando o risco inerente à gestão de suas atividades próprias, motivada se faz a presente demanda de contrato de seguro de responsabilidade civil para seus Conselheiros, Diretores, Administradores e Gestores.

Cabe esclarecer que não existe instrumento jurídico que discerne quanto à previsão legal da contratação do seguro de responsabilidade civil D&O pelo SEBRAE Nacional, como também não há a inclusão de dispositivo com vistas à implantação do seguro D&O para seus membros em seu Estatuto Social.

Enquanto ente autônomo, o SEBRAE possui a livre iniciativa de realizar as contratações com base em seu Regulamento de Licitações e Contratos e de acordo com as normas previstas no Código Civil, não estando sujeito às demais legislações aplicadas à Administração Pública Direta e Indireta.

E por ser responsável pela gestão dos recursos públicos que recebem de uma parcela dos tributos do Governo Federal, a fiscalização é realizada pelo controle externo do Tribunal de Contas da União que, ao identificarem

irregularidades nas contratações que resultem na malversação do recurso destinado, responsabilizam os gestores que autorizaram a contratação a responderem com o seu patrimônio, referente ao valor a ser ressarcido ao erário.

Contudo, deve-se levar em consideração que mesmo as empresas privadas com fins lucrativos que são contratadas pelo Governo para execução de um serviço, também são fiscalizadas pelo Governo, caso seja comprovado o desvio de recurso público para o serviço realizado.

Neste caso, a legalidade da contratação do seguro D&O não está relacionada ao fato do SEBRAE ser uma entidade pública ou privada, o foco da questão é a legalidade dos atos de gestão praticados pelos seus administradores, em conformidade os princípios constitucionais de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiências previstos em seu regulamento de licitações e contratos.

## **6. CONCLUSÃO**

A análise da contratação do seguro de responsabilidade civil na modalidade D&O para os Serviços Sociais Autônomos, em especial, o SEBRAE Nacional, contribuiu para identificar o papel destas instituições na sociedade, enquanto entes de cooperação com o Estado, sem que haja vinculação ou subordinação hierárquica, sujeitando-se apenas a prestação de contas dos recursos públicos recebidos para o desempenho de sua função social.

Por serem entidades autônomas, administrativa e financeiramente, terem patrimônio próprio e operarem em regime da iniciativa privada, na forma de seus estatutos, a contratação do seguro de responsabilidade civil para os gestores do SEBRAE tem como fundamento legal o Novo Código Civil, que trata de matéria de direito privado, bem como as normas infralegais da Susep, órgão responsável pela regulação do mercado de seguros, haja vista a própria natureza jurídica dos Serviços Sociais Autônomos, enquadrados como entidades privadas sem fins lucrativos, de interesse coletivo e utilidade pública.

O que precisa ser delimitado para verificar a regularidade da utilização dessa espécie contratual de seguro de responsabilidade civil pelo SEBRAE é que a proteção conferida pela contratação do seguro está relacionada a atos regulares

de gestão, que excluem a prática de atos dolosos ou cometidos por meio de fraude com violação a lei.

A possibilidade da utilização do seguro D&O pelo SEBRAE está diretamente relacionada aos atos que não violem disposições legais previstas no seu estatuto, no Código Civil, nas normas infralegais que regulamentam o contrato de seguro e na própria Constituição Federal, não podendo ser adotada a utilização dessa espécie de seguro para assegurar a prática de atos ilícitos, pois embora estejam submetidos as regras de direito privado, respondem pelo correto e eficiente emprego dos recursos públicos destinados à realização de sua função social.

É por este motivo que a análise acerca da responsabilidade civil dos gestores permitiu identificar a obrigação do lesante indenizar o dano causado tanto pelo ato ilícito, como da obrigação de reparar prejuízo, independente de culpa, tanto nos casos específicos em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo gestor implicar, por sua natureza, risco no exercício regular de sua função.

A partir deste entendimento foi possível determinar a responsabilidade civil objetiva como instrumento essencial para a contratação dos gestores do SEBRAE do seguro D&O, haja vista que o elemento culpa, como pressuposto do dever de indenizar, foi substituído pelo conceito de risco atrelado aos atos regulares de gestão. Neste sentido é irrelevante analisar se houve negligência, imprudência, imperícia ou a intenção de causar danos. A objetividade da responsabilidade será aplicada em qualquer hipótese em que houver a comprovação da licitude do ato causador do dano.

Pode-se concluir, portanto, que a contratação do seguro de responsabilidade civil D&O pelo SEBRAE está fundamentada no âmbito jurídico do direito privado, mas a possibilidade de contratação do seguro está relacionada aos atos regulares dos gestores no exercício de suas atividades profissionais, que visam protegê-los na tomada de decisões que resultem em indenizações pelo risco inerente ao próprio cargo que ocupam, quando o resultado de uma decisão configurada pela prática de atos lícitos, implicar na responsabilização do gestor.

## 7. REFERÊNCIAS

BASTOS, Ricardo Victor Ferreira. **O Contrato de seguro de responsabilidade civil D&O aplicado às Sociedades de Economia Mista que desenvolvem atividade econômica**. Monografia (Especialização). Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2013.

BRASIL. **Código Civil, 2002**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GRAU, Nuria Cunill. **Entre o Estado e o mercado: o público não-estatal**. Rio de Janeiro: FGV, 1999.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à Lei das Sociedades Anônimas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. **Programa de responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. **Programa de responsabilidade civil**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Contratos de Gestão**. Contratualização do Controle Administrativo sobre a Administração Indireta e sobre as Organizações Sociais. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br>>. Acesso em: 08 set. 2013.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo brasileiro**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

RODRIGUES, Ana Carolina. **A responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas não financeiras por danos causados à sociedade e aos acionistas e o desenvolvimento do mercado de valores mobiliários brasileiro**. Dissertação (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2011.

SCAFF, Fernando Facury. Contrato de gestão, serviços sociais autônomos e intervenção do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, n. 225, p. 273-297, 2001.

TEIXEIRA, Juliana. **Responsabilidade civil do estado decorrente da perda de uma chance**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2011.

TELLES, Eduardo Maccari. A responsabilidade civil do estado por atos omissivos e o novo Código Civil. In: VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. **Responsabilidade civil empresarial e da administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

VAMPEL, Daniella. **É melhor prevenir**. Disponível em: <[www.capitalaberto.com.br/ler\\_artigo.php?pag=2&sec=4&i=253](http://www.capitalaberto.com.br/ler_artigo.php?pag=2&sec=4&i=253)>. Acesso em: 12 ago. 2013.





# **INCENTIVOS ÀS EMPRESAS ESTATAIS PARA A ADOÇÃO DAS MELHORES PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA: UMA ANÁLISE CONCRETA SOBRE OS DESAFIOS E A VIABILIDADE DE ADAPTAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO PARA O SETOR PÚBLICO A PARTIR DE UM ESTUDO COMPARATIVO ENTRE A ITAUTEC E A BB TECNOLOGIA E SERVIÇOS**

Frederico Costa Minervino<sup>2</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A Governança Corporativa. 2.1. Princípios básicos. 2.2. O conflito de agência. 2.3. Importância de governança. 2.4. Ambiente regulatório. 3. Governança Corporativa das Empresas Estatais. 4. Estudo Comparativo sobre Práticas de Governança Corporativa entre Empresa Estatal e Empresa Privada. 4.1 BB Tecnologia e Serviços S.A. 4.2. Itautech. 4.3. Comparação entre a governança corporativa da BB Tecnologia e Serviços S.A. e da Itautech. 5. Conclusão. 6. Referências.

## **RESUMO**

O presente trabalho teve como objetivo analisar o tema governança corporativa no Brasil, passando pelo seu processo evolutivo, descrevendo o conceito, os princípios básicos, o conflito de agência, a sua importância e a regulação que lhe abrange. A importância desse tema está diretamente ligada à relação entre as sociedades empresárias e as partes interessadas (*stakeholders*), de forma que a adoção das boas práticas de governança corporativa facilite o acesso ao capital, a redução dos custos, o aumento do desempenho e a retribuição aos constituintes. Consequentemente, a imagem e a confiança junto a investidores, agentes financeiros e credores serão cada vez maiores e agregará cada vez mais valor ao empreendimento. Comparando o nível de maturação entre a empresa estatal BB Tecnologia e Serviços com a empresa privada Itautech, chegou-se à conclusão de que ambas adotam as boas práticas de governança corporativa, apresentando estruturas adequadas, com órgãos voltados à governança corporativa, mostrando a aplicação de boas práticas através do compromisso de sua administração. O estudo mostrou, além da teoria, resultados na prática na adoção de boas práticas de governança, os quais podem ser tangíveis ou intangíveis, através de criação de valores, equilíbrio dos interesses e desenvolvimento do crescimento econômico.

**Palavras-chave:** GOVERNANÇA CORPORATIVA. EMPRESAS ESTATAIS. EMPRESAS PRIVADAS.

---

<sup>2</sup> Bacharel em Direito e Especialista em Direito Empresarial e Contratos pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: fcmprocesso@hotmail.com

## ABSTRACT

This study aimed to analyze the theme corporate governance in Brazil, through its evolutionary process, describing the concept, basic principles, the agency conflict, its importance and the regulation framework. The importance of this issue is directly linked to the relationship between the company and interested parties (stakeholders), so that the adoption of best practices for Corporate Governance facilitates the access to capital, cost reduction, performance increase and requital to constituents. Consequently, the image and trust with investors, financiers and lenders will keep growing and will increasingly add value to the enterprise. Comparing the level of maturation between that state-owned company BB Tecnologia e Serviços and the private company Itaútec, came to the conclusion that both adopt good corporate governance practices, presenting adequate structures, with structures focused on corporate governance, showing that good practices are being applied through the commitment of its administration. The study showed, beyond theory, practical results in the adoption of best practices of corporate governance, which can be tangible or intangible, through value creation, balance of interests and economic growth development.

**Keywords:** CORPORATE GOVERNANCE. STATE-OWNED CORPORATION. PRIVATE COMPANY.

## 1. INTRODUÇÃO

O trabalho ora apresentado se propôs a refletir acerca das práticas de governança corporativa adotadas pelas sociedades empresárias estatais e pelas empresas privadas, abordando as peculiaridades que cercam as empresas estatais em relação à adoção e implementação dos princípios aplicáveis à iniciativa privada, com o objetivo de aferir a compatibilidade das melhores práticas de governança com as premissas e prerrogativas diferenciadas que delimitam as suas atividades e investimentos.

A governança corporativa tem sido objeto de diversos estudos e é cada vez mais reconhecida como fator essencial para o acesso das sociedades empresárias ao mercado de capitais, bem como para uma gestão mais eficaz e transparente.

Esse conceito surgiu da necessidade de as sociedades empresárias modernizarem suas práticas de gestão, visando tornarem-se mais atraentes para o mercado. A globalização, a privatização e a desregulamentação da economia fizeram com que esse fenômeno acontecesse de forma mais célere, resultando em um ambiente corporativo mais competitivo.

Com isso, os investidores se tornaram mais conscientes e exigentes antes de aplicar suas finanças nas sociedades empresárias. Assumiram uma postura ativa, passando a participar com mais ênfase das assembleias gerais, exercendo o direito de voto de suas ações e fiscalizando a gestão das companhias investidas com maior proximidade.

A partir dessa postura mais exigente dos investidores e das necessidades impostas pelo mercado, as sociedades empresárias tiveram que ampliar o foco na eficiência econômica e na transparência da gestão, além de estabelecer regras contratuais mais delimitadas e a consequente alteração das estruturas societárias, de modo a se adaptarem às exigências e aos padrões internacionais.

Para chegar a esse ponto de análise, no primeiro capítulo foi feita uma breve digressão sobre a conceituação e análise dos princípios básicos de governança corporativa, quais sejam: a transparência, a equidade, a prestação de contas e a responsabilidade corporativa.

Os princípios básicos de governança servem de alicerce para sustentar os pilares da governança corporativa. Esses pilares – a propriedade, o conselho de administração, a gestão, a auditoria independente, o conselho fiscal e a conduta e conflito de interesses – consolidam as melhores práticas.

Foi apresentado o conflito de agência, sendo esse um dos motivos do início da necessidade de reflexão no tema governança corporativa, no qual foi constatada a diferença de situações onde há dessemelhança de interesse entre os sócios e os administradores.

Além disso, foi apresentado o ambiente regulatório que permeia o tema, desde as primeiras práticas autorregulatórias até as legislações que se apoiaram na governança corporativa para fomentar o mercado empresarial e para trazer maior longevidade às sociedades empresárias.

No item 3 foram apresentadas as distinções e peculiaridades da governança corporativa nas empresas estatais, evidenciando os órgãos de supervisão DEST e CGPAR, além dos aspectos positivos e negativos das empresas estatais. Ainda, foi realizada uma comparação com as características entre estas e as empresas privadas.

No item 4 foi feito um estudo comparativo entre a empresa estatal (BB Tecnologia e Serviços) e a empresa privada (Itautec), abordando as peculiaridades

das empresas estatais e o grau de maturidade destas quanto às práticas de governança corporativa.

O presente trabalho visou discutir a relação entre a aplicação das boas práticas de governança corporativa e a melhoria global gerada nas sociedades empresárias.

Adotou-se a metodologia de pesquisa na doutrina, na legislação vigente no país e na autorregulação existente sobre o assunto, bem como, o estudo de caso.

## **2. A GOVERNANÇA CORPORATIVA**

A governança corporativa engloba diversos conceitos, sob as mais variadas perspectivas (RECHTMAN; FONTES FILHO; GAMMINO, 2004). Uma das definições mais conhecidas é a de Shleifer e Vishny (1997), que entendem como um instituto que lida com os meios pelos quais os fornecedores de recursos financeiros das corporações asseguram ter um retorno sobre seu investimento.

Em um primeiro momento (RIBEIRO, 2002), o escopo da governança corporativa era focado para a resolução dos conflitos internos nas sociedades empresárias, tendo como objetivo trazer para os acionistas controladores facilidades na administração estratégica da sociedade empresária.

De acordo com o Instituto Brasileiro de Governança corporativa (IBGC), principal referência nacional no desenvolvimento das melhores práticas em governança corporativa, esta se conceitua como:

Sistema pelo qual as organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre proprietários, conselho de administração, diretoria e órgãos de controle. As boas práticas de governança corporativa convertem princípios em recomendações objetivas, alinhando interesses com a finalidade de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando seu acesso ao capital e contribuindo para a sua longevidade.

Desta forma, percebe-se que a governança corporativa é um conceito de gestão das organizações que abrange assuntos relativos ao poder de controle e de direção de uma sociedade empresária, bem como as formas e esferas de seu exercício e os diversos interesses de natureza empresarial, envolvendo o relacionamento entre acionistas e cotistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal.

Os autores Andrade e Rossetti trazem uma síntese conceitual que abrange oito elementos (“8 Ps”): propriedade, princípios, propósitos, poder, processos, práticas, perenidade e pessoas. A propriedade é a estrutura da propriedade nas sociedades empresárias, assim como seu regime legal de constituição. Os princípios são universais e representam a base ética da governança. Os propósitos estão ligados àquele fundamental dentro da governança, que é o de contribuir em um longo prazo para o máximo retorno total dos *stakeholders*. O poder reflete a estrutura de poder dentro das corporações; como são feitas as negociações e são estabelecidas as relações entre os órgãos. Os processos incluem constituição, *empowerment*, formulação, homologação, monitoramento e controle. As boas práticas focam na gestão de conflitos de agência, devendo ser estabelecidas dentro de cada processo. Perenidade se refere ao objetivo de as sociedades empresárias manterem-se vivas, atuantes e com participações crescentes nos setores de atuação. Finalmente as pessoas, elemento-chave da governança corporativa, permitem a estruturação do ambiente deste instituto.

No tocante ao ambiente da governança corporativa, este se encontra subdividido em, pelo menos, quatro fatores conexos, em que se define a estrutura de poder, o processo e as práticas de governança corporativa. São eles: propriedade, controle, administração e auditoria e fiscalização. O primeiro refere-se a todos os acionistas, enquanto o segundo é composto pelos acionistas controladores, assim como pela Assembleia Geral e pelo Conselho Fiscal. A administração envolve o Conselho de Administração e a Diretoria. Já a auditoria e fiscalização são integradas pelos seguintes órgãos: Conselho Fiscal, Auditoria Independente, Comitê de Auditoria e Auditoria Interna (ANDRADE; ROSETTI, 2009).

A completa absorção dos princípios e práticas da Governança corporativa indica uma mudança de comportamento e atitude, uma metamorfose cultural e uma quebra do modelo tradicional de como as sociedades empresárias conduzem seus negócios e se relacionam com seus acionistas e a sociedade; indica ainda um comportamento mais dinâmico e transparente com os órgãos reguladores.

No Brasil (SILVA, 2010), as práticas de Governança corporativa devem ser estendidas a todos os tipos de sociedades (terceiro setor, cooperativas, sociedades limitadas e sociedades anônimas), independente de seu porte, já que todas estas têm uma função social a cumprir, sendo personagens centrais no desenvolvimento de nosso país.

A Governança corporativa demonstra-se ser, cada vez mais, uma tendência a ser seguida pelas sociedades empresárias que pretendem ser competitivas e duradouras no presente e no futuro.

## **2.1 Princípios básicos**

Os quatro princípios fundamentais que norteiam a Governança corporativa são: transparência, equidade, prestação de contas, responsabilidade corporativa (IBGC).

A transparência vai além de uma obrigação; é o desejo de tornar as informações disponíveis aos interessados. Uma vez adequada, espera-se resultar em um clima de confiança interno e ainda nas relações com terceiros. Deve contemplar fatores diversos, e não apenas referentes ao desempenho econômico-financeiro, que orientem a ação empresarial e que levem à criação de valor (IBGC). A transparência das informações é conhecida ainda como *disclosure*.

O princípio da equidade, ou *fairness*, está ligado ao senso de justiça. Refere-se ao tratamento justo dos sócios e dos *stakeholders*, ou seja, dos demais interessados; e ainda à não aceitação de atitudes ou políticas discriminatórias (ANDRADE; ROSSETTI, 2009).

A prestação de contas, por sua vez, é também chamada de *accountability*. Os sócios, administradores, conselheiros fiscais e auditores – agentes de governança – devem prestar contas de sua atuação, responsabilizando-se por seus atos e omissões. Fundamenta-se nas melhores práticas de contabilidade e de auditoria.

Por fim, a responsabilidade corporativa preocupa-se com o zelo pela sustentabilidade das organizações, a ser observado pelos agentes de governança. Na fixação de negócios e operações, questões de ordem social e ambiental devem ser apreciadas. São consideradas funções sociais das Companhias a criação de riquezas e de oportunidades de empregos, qualificação e diversidade da força de trabalho; desenvolvimento científico e tecnológico; e contribuições para melhor qualidade de vida e contratação preferencial das comunidades em que atua.

## **2.2 O conflito de agência**

Um dos motivos do início da necessidade do modelo de governança

corporativa é em decorrência dos chamados problemas de agência, que nascem com a diluição do domínio das corporações.

De acordo com Heloisa Belotti Bedicks (IBGC), a teoria da agência pode ser entendida da seguinte forma:

Os contratos regem a relação entre principal e agente, em que certos poderes de decisão são delegados ao agente quando da prestação de serviços ao principal. Ao considerar que as partes buscam a maximização de sua satisfação pessoal, caso o agente não aja no interesse do principal, este se cerca de garantias para evitar prejuízo a seus interesses.

Os precursores dessa teoria são Alchian e Demsetz (1972) e Jensen e Meckling (1976), sendo que estes defendiam que se ambas as partes buscavam potencializar o desempenho social, é porque deveria existir alguma razão para o agente nem sempre agir no melhor interesse do principal. Para eles, o problema agente-principal surgia quando o sócio (principal) contratava terceiro (agente) para que administrasse a sociedade empresária em seu lugar.

Os “conflitos de agência” nas sociedades empresárias se estabelecem a partir da delegação das competências para tomadas de decisão aos “agentes”, quando os administradores, por terem objetivos pessoais divergentes da maximização da riqueza do “principal” (o acionista), passam a decidir em prol de seus interesses particulares em detrimento do melhor benefício daqueles. A necessidade de melhores práticas de governança corporativa nasce como uma forma de resposta a esse conflito e visa evitar a expropriação da riqueza do acionista pelos gestores.

De acordo com a teoria desenvolvida, os executivos e conselheiros contratados pelos acionistas tenderiam a agir de forma a maximizar seus próprios benefícios (maiores salários, maior estabilidade no emprego, mais poder, etc.), agindo em interesse próprio e não segundo os interesses da sociedade empresária, de todos os acionistas e demais partes interessadas (*stakeholders*). Para minimizar o problema, os autores sugeriram que as sociedades empresárias e seus acionistas deveriam adotar uma série de medidas para alinhar interesses dos envolvidos, objetivando, acima de tudo, o sucesso da sociedade empresária. Para tanto, foram propostas medidas que incluíam práticas de monitoramento, controle e ampla divulgação de informações. A este conjunto de práticas convencionou-se chamar de Governança corporativa (ANDRADE; ROSSETTI, 2009).

Dessa forma, a adoção das práticas de governança, tais como a criação do Conselho de Administração, formado por conselheiros independentes e

também conselheiros indicados pelos acionistas; a presença de pessoas distintas ocupando cargos de presidente do conselho e diretor presidente; e sistema de remuneração que preveja posse de ações por parte dos gestores, reforça o alinhamento de interesses, com o intuito de minimizar possíveis conflitos de agência.

### **2.3 Importância da governança**

A evolução da governança corporativa, bem como a sua implementação nas Companhias tem sido de grande relevância, trazendo consigo diversos benefícios que consolidam o escopo empresarial.

Com isso, é possível denotar que com o alinhamento de interesses dos *stakeholders* e da gestão interna da Companhia, os conflitos se minimizaram, os processos de sucessão se tornaram mais transparentes e a gestão melhor monitorada. Além desses aspectos, houve uma melhora na identificação e avaliação dos riscos, auxiliando no processo de decisões estratégicas, bem como no acesso ao capital.

Entretanto, junto com os benefícios e a importância da evolução das boas práticas de governança corporativa para as Companhias, aparecem os fatos inibidores e que lhe trazem prejuízo.

Com o ambiente regulatório e costumeiro mais rígido, os conflitos entre os objetivos dos sócios ficaram mais notórios, a gestão familiar cada vez mais prejudicada, os interesses particulares começaram a conflitar com os interesses da Companhia e aumentou a disputa pelo poder dos controladores ou gestores, sendo que estes não depositam confiança nos profissionais externos que são contratados para ocupar cargos executivos.

Muito embora ainda existam resistências pela adoção das boas práticas, principalmente pelo empresariado brasileiro, o que se percebe com as melhorias trazidas pela governança corporativa e com a complexidade dos negócios é que a visão operacional e imediatista começa a ter menos relevância, passando a Companhia a focar mais na visão estratégica, organizando um Conselho mais profissional e com diversidade, de forma que mitigue a interferência dos sócios ou do Conselho na Gestão (RECHTMAN; FONTES FILHO; GAMMINO, 2004).

Como consequência, surge a classe dos administradores profissionais, substituindo gradativamente os proprietários/controladores nas atividades



gerenciais, de modo a profissionalizar a sociedade empresária e trazer uma maior aplicação do conhecimento técnico que possuem, exigindo lealdade e diligência na condução dos negócios, para buscar melhores resultados para as Companhias.

Essa melhoria de monitoramento das conformidades e dos controles internos acarreta em benefícios relevantes para a Companhia, não somente para o aumento dos resultados como também por torná-la mais transparente no que tange às suas informações e prestação de contas.

## **2.4 Ambiente regulatório**

A governança corporativa, mesmo sendo regulada por diversos diplomas legais, tem suas boas práticas consideradas mais como consequência de contratos pactuados livremente. Não obstante ser considerada “como algo adicional em relação ao ordenamento jurídico” (RECHTMAN; FONTES FILHO; GAMMINO, 2004), há regramentos importantes que dizem respeito à sua tutela.

O enfoque jurídico/legal é medida que se impõe, haja vista que suas práticas e princípios contribuem para a efetivação dos objetivos preconizados por nossa legislação.

Muito embora nossa legislação seja ampla e possua caráter protetivo, alguns de seus dispositivos ainda são mal interpretados. Portanto, a adoção das práticas de Governança corporativa deve servir de parâmetro para orientar os aplicadores do Direito na busca pela solução mais apta a equilibrar os interesses das companhias e os da sociedade em geral.

Na Inglaterra, em 1992, foi publicado o Relatório *Cadbury*, considerado o primeiro código de boas práticas de Governança corporativa (RIBEIRO, 2002).

Nesta mesma década, o Brasil começa a indicar a adoção de boas práticas de governança corporativa, a partir das privatizações e da abertura do mercado nacional. Neste interregno, ocorreu a criação do Instituto Brasileiro de Conselheiros de Administração (IBCA), que passou a ser intitulado Instituto Brasileiro de Governança corporativa (IBGC) a partir de 1999, visando influenciar a adoção de práticas mais transparentes, responsáveis e equânimes pelos responsáveis pelos órgãos de governança das sociedades empresárias.

No início do século XXI, após o lançamento do primeiro Código das Melhores Práticas de Governança corporativa, ficou estabelecido um cenário

de governança corporativa envolvendo dois lados, a princípio antagônicos. O primeiro revela a adesão às boas práticas, através da autorregulação. Já o segundo, também chamado de *hard law*, refere-se à regulação legal incisiva. Os dois na verdade convergem, levando à observância dos princípios da governança nas corporações (ANDRADE; ROSSETTI, 2009).

Entre as principais iniciativas de estímulo e aperfeiçoamento ao modelo de governança das empresas brasileiras, destacam-se a reformulação da Lei das Sociedades Anônimas (S.A.), a criação dos Níveis de Governança corporativa da Bovespa, a atuação do IBGC e as recomendações da CVM.

Para o IBGC, o ambiente regulatório no Brasil é dividido em *Soft Law*, Autorregulação e *Hard Law*.

O *Soft Law* é composto pelo Código das Melhores Práticas, redigido pelo IBGC, e pelos *Principles of Corporate Governance*.

Em meados do ano 2000, foi lançado pela Bovespa o primeiro “Código Brasileiro de Governança corporativa”, elaborado pelo IBGC, e tinha o intuito apenas de orientar e educar, sendo que a adesão às práticas sugeridas não era obrigatória.

O referido Código foi o grande marco para a evolução das boas práticas de governança nas sociedades empresárias brasileiras. O código é dividido em seis partes (propriedade, conselho de administração, gestão, auditoria, fiscalização e ética/conflito de interesse) e não substitui leis ou regulamentos, mas tem a finalidade de apresentar a conceituação e disseminação do tema Governança corporativa no país. Sua aplicação é voluntária e traz encaminhamentos para melhorar o desempenho ou facilitar o acesso ao capital pelas sociedades empresárias (STEINBERG, 2003).

O código passa por constantes evoluções, decorrentes de discussões e aprofundamento rotineiros nos temas ligados à governança corporativa, razão pela qual faz deste documento referência nacional em conduta de gestão empresarial e nas escolas de negócios (SILVA, 2011).

Os *Principles of Corporate Governance*, também conhecidos como os Princípios da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), foram definidos no ano de 1998, visando ao desenvolvimento das nações por meio do bom funcionamento das corporações, assim como dos mercados de capitais. Seu surgimento se deu em função das ligações entre os

objetivos de desenvolvimento dos mercados, das corporações e das nações, as quais se tornam mais fortes por melhores práticas de governança corporativa (ANDRADE; ROSSETTI, 2009).

Para o Instituto Brasileiro de Governança corporativa (IBGC), os princípios “visam a assessorar governos [...] em seus esforços de avaliação e aperfeiçoamento da estrutura jurídica, institucional e regulamentar para a governança corporativa em seus países”, além de orientar e proporcionar eventuais sugestões a entidades que exerçam alguma função no processo de desenvolvimento de boa governança corporativa.

Com sua criação, os demais códigos nacionais de boas práticas de governança corporativa foram surgindo e difundindo-se nesse meio. O Código de Melhores Práticas da OCDE tornou-se, internacionalmente, ponto de referência, por tratar de seis questões essenciais no âmbito da governança corporativa: o enquadramento das sociedades empresárias; os direitos dos *shareholders*; o tratamento equânime de minoritários; os direitos dos *stakeholders*; a divulgação responsável e transparente dos resultados e dos riscos das corporações; e a responsabilidade dos Conselhos de Administração (ANDRADE; ROSSETTI, 2009).

A Autorregulação, por sua vez, é um compromisso voluntário, no qual se estabelecem regras para balizar os atos de pessoas e entidades com interesses em comum.

Para Napoleão Casado Filho, metaforicamente, a autorregulação trata-se de um esforço “que lembra o instinto de sobrevivência dos seres vivos que, cientes dos perigos que correm na vida, impõem limites a si mesmos, em busca da continuidade de sua existência” (CASADO FILHO, 2011).

A principal iniciativa de autorregulação ocorreu no ano 2000 pela Bovespa ao criar as Resoluções 264/00 e 265/00, que preveem o Regulamento de Listagem do Novo Mercado e o Regulamento de Práticas Diferenciadas de Governança corporativa. A Bolsa de Valores de São Paulo – Bovespa – publicou essas resoluções sobre o Novo Mercado, as quais estabeleceram um padrão de governança corporativa altamente diferenciado, descrevendo os compromissos de governança corporativa que as sociedades empresárias registradas assumem. Estas práticas têm valor para os investidores, pois reduzem as incertezas no processo de avaliação e o risco (STEINBERG, 2003).

No ano seguinte, foi publicada a Resolução do Conselho Monetário Nacional 2.829, de 29.03.2001, na qual havia a previsão do lançamento dos níveis diferenciados de Governança corporativa e o Novo Mercado, sendo esses os segmentos de listagem destinados à negociação de ações de sociedades empresárias que se comprometam a adotar certas práticas de transparência e governança corporativa sugeridas pela Bovespa.

Além disso, a Bovespa criou um novo indicador: o índice de Governança corporativa, ou IGC. Esse índice foi criado para estimular a valorização das ações das sociedades empresárias que adotaram as boas práticas (CASADO FILHO, 2011).

A iniciativa da Bovespa de criação desses novos segmentos diferenciados de listagem e do novo índice IGC representa um avanço significativo na promoção da Governança corporativa no Brasil, principalmente por serem criações infralegais que, por dispensarem os trâmites legais tradicionais e burocráticos, são mais maleáveis e condizentes com a dinâmica empresarial.

Por fim, o ambiente regulatório Hard Law é composto por Lei das S.A., Código Civil, CVM e Sarbanes-Oxley.

A Lei nº 6.404/1976, mais conhecida como Lei das S.A. (Sociedades Anônimas), nasceu com o intuito de modernizar as regras arcaicas que regulavam as sociedades anônimas, e foi um dos primeiros passos rumo aos princípios de governança corporativa.

Com a necessidade de estimulação do Mercado de Capitais, a Lei das S.A. teve de passar por três sucessivas reformas. A primeira, prevista pela Lei nº 9.457/1997, trouxe mudanças substanciais, tais como a do controle acionário, das reorganizações societárias e da organização das companhias de capital aberto. Além disso, teve a eliminação do *tag along*. O resultado dessas mudanças foi a diminuição considerável na proteção aos acionistas minoritários. A segunda reforma, prevista pela Lei nº 10.303/2001, trouxe a previsão da autorregulação e o surgimento do Novo Mercado, modificando a Lei do Mercado de Capitais, inserindo nas atividades disciplinadas e fiscalizadas pela CVM a negociação e intermediação no mercado de derivativos e a organização e funcionamento das Bolsas de Mercadorias e Futuros. Além disso, revitalizou os direitos dos minoritários. A terceira reforma, prevista na Lei nº 11.638/2007, traz o aprimoramento e harmonização dos padrões

contábeis, com aqueles aceitos e praticados pelos principais mercados financeiros mundiais (RIBEIRO, 2002).

Essas sucessivas reformas da Lei das S.A. demonstram que a governança corporativa tem tido grande representatividade no Brasil, trazendo maiores efeitos jurídicos.

A Lei nº 10.406/2002, conhecida como o “Novo Código Civil”, trouxe evoluções legislativas sobre a sociedade limitada, incorporando as práticas de governança, em razão de normais mais específicas e de proteção a minoritários, contemplando uma noção de gestão mais profissional.

A Comissão de Valores Mobiliários – CVM, em 2002, publicou a cartilha “Recomendações da CVM sobre Governança corporativa”, com foco nas sociedades empresárias que possuíam vinculação com a mesma, demonstrando que as boas práticas de governança devem primar pela transparência, pela equidade de tratamento aos acionistas e pela prestação de contas. O escopo dessa cartilha era sinalizar às sociedades empresárias que a adoção das práticas de governança cativa os investidores, os quais sentem maior segurança na concretização do empreendimento, bem como possui impacto na redução do custo de capital e previne possíveis lesões ao patrimônio (SILVA, 2011).

A lei Sarbanes-Oxley, que também regula os mercados, foi aprovada e sancionada em 2002 pelo Congresso dos Estados Unidos, em resposta às fraudes ocorridas no início do século XXI, a partir dos escândalos corporativos envolvendo sociedades empresárias norte americanas, como a Enron, a WorldCom e a Tyco. Com ela, a boa governança corporativa e as práticas éticas do negócio são regras a serem seguidas (ANDRADE; ROSSETTI, 2009).

Napoleão Casado Filho (2011) entende que:

Após o *Sarbanes-Oxley Act*, diversas companhias do mundo passaram a ver na Governança corporativa uma ferramenta não apenas para melhorar sua gestão, mas também para provocar interesse nos investidores, com a consequente valorização das suas ações.

Merecem destaque as iniciativas adotadas para o aperfeiçoamento das regras de governança corporativa, em especial as alterações na Lei das Sociedades Anônimas e a iniciativa da Bolsa de Valores de São Paulo de criar o Novo Mercado, um ambiente de negociação de ações emitidas por sociedades empresárias que apresentam boas práticas de governança corporativa.

Com o passar do tempo, os investidores passaram a buscar mais

transparência na gestão das sociedades empresariais em que irão investir. Eles se dispõem a pagar valor maior por aquelas que adotam boas práticas de Governança corporativa e que tais práticas não apenas favorecem os interesses de seus proprietários, mas também a longevidade das sociedades empresárias.

Conforme pode ser percebido, o ambiente regulatório no Brasil se complementa entre *Soft Law*, Autorregulação e *Hard Law*. A evolução legislativa é eminente e auxiliada pelas boas práticas sugeridas pelo Código de Boas Práticas de Governança corporativa elaborado pelo IBGC e pelas regras de autorregulação que balizam os interesses comuns do ambiente empresarial.

### 3. GOVERNANÇA CORPORATIVA DAS EMPRESAS ESTATAIS

As empresas estatais são pessoas jurídicas que têm por finalidade a exploração habitual de atividade econômica organizada para a produção de bens e prestação de serviços. Assim como as empresas privadas, estão sujeitas às regras de Direito Privado, em especial ao Direito Societário, bem como tem seu permissivo constitucional previsto no artigo 173, §1º, II da Constituição Federal (GUEDES, 2013).

Existem diferenças entre a governança corporativa das empresas estatais e das privadas, as quais serão expostas a seguir.

O referencial teórico apresentado no primeiro capítulo se remete primordialmente às sociedades empresárias do setor privado. No entanto, constata-se que a governança corporativa está presente também no setor público, não se restringindo ao mundo corporativo do setor privado.

Tendo em vista que existem inúmeras distinções entre o âmbito privado e o público, no modelo de governança corporativa não poderia ser diferente. Mario Engler Pinto Junior (2010) explica que, embora haja essa distinção entre os modelos de governança, “vários conceitos e técnicas podem ser aproveitados com as devidas adaptações, além de o objetivo maior permanecer o mesmo”, qual seja garantir que os gestores, sócios e associados atuem em prol da organização.

Mario Engler Pinto Junior (2010) continua sua ponderação afirmando que:  
A atuação empresarial pública nunca será economicamente neutra ou vazia de conteúdo axiológico. No modelo constitucional brasileiro, não existe hipótese jurídica de a companhia controlada pelo Estado guiar-se exclusivamente pelos impulsos de mercado e de forma desvinculada do interesse público que lhe é peculiar.

A governança de sociedades empresárias do setor público, empresas estatais, sempre foi um tema de grande interesse administrativo, cuja importância cresce, evidentemente, com o peso desse tipo de empresas na economia do país.

Nesse sentido, a conceituação da governança corporativa de empresas estatais deve compreender não só o arcabouço já desenvolvido para a governança corporativa, como ir além, alcançando realidades e problemas que comumente não tocam as empresas privadas.

No Brasil, o conceito de empresa estatal abrange as sociedades de economia mista e as empresas públicas, suas subsidiárias e controladas, sociedades civis ou por cotas de responsabilidade limitada, em que o poder público, direta ou indiretamente, detém, conforme o caso, a maioria ou mesmo a totalidade do capital social com direito a voto (BRANCO; PINTO, 2011).

Além disso, as empresas estatais possuem personalidade jurídica de direito privado e compõem o quadro da Administração Pública Indireta.

Importante frisar que todo empreendimento estatal é inspirado por algum objetivo estratégico, que transcende a mera obtenção de recursos ao erário.

Para Frémond e Capaul (BRANCO; PINTO, 2011), a governança corporativa de estatais, em diversos países do mundo, pode ser condensada em três tipos de modelos - i) Centralizado; ii) Ministro-setorial ou descentralizado; e iii) Modelo dual ou bicameral, a saber:

No modelo centralizado existe um órgão governamental (*ownership entity*), como um ministério ou uma empresa holding responsável pelas ações do governo em todas as estatais. [...]

No modelo descentralizado, as diferentes estatais são supervisionadas por diferentes ministérios, tendo estas relações múltiplas com órgãos da administração pública. [...]

No modelo dual ou bicameral, um único ministério, como o das finanças ou fazenda, exerce algumas funções de acionista majoritário, mas outras funções são assumidas por diferentes ministérios, relativamente às empresas que lhes são vinculadas.

O modelo adotado pelo Brasil é o bicameral, apesar de existir uma tendência ao modelo descentralizador por parte dos ministérios (ou secretarias) supervisores, em especial nas organizações não dependentes do tesouro.

No âmbito federal, o governo sentiu a necessidade de criar órgãos de supervisão geral, cuja finalidade é voltada para tratar de matérias relacionadas à governança corporativa nas empresas estatais federais e à administração de

participações societárias da União. A origem destes é recente, demonstrando que a questão do aprimoramento da governança corporativa de empresas estatais é um tema extremamente atual.

Os dois órgãos de supervisão de maior relevância criados até o momento são o Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST) e a Comissão Internacional de Governança corporativa e de Administração de Participações Societárias (CGPAR).

O Departamento de Coordenação e Governança das Empresas Estatais (DEST), ratificado pelo atual Decreto nº 8.189/2014 da Estrutura Regimental do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, tem sua atuação voltada para as organizações denominadas empresas estatais, com vista a potencializar os investimentos da União em benefício da sociedade.

No artigo 8º do decreto supracitado, é descrita a competência do DEST, a saber:

Promover a articulação e a integração das políticas das empresas estatais, propondo diretrizes e parâmetros de atuação, inclusive sobre a política salarial e de benefícios e vantagens e negociação de acordos ou convenções coletivas de trabalho.

Dentre as atribuições previstas ao DEST, cabe a este fazer o acompanhamento e disponibilização das informações econômico-financeiras das empresas estatais, bem como se manifestar sobre os pleitos das empresas estatais em geral, mas com foco na política salarial. É também responsável pela elaboração do Programa de Dispêndios Globais e da proposta do Orçamento de Investimentos das empresas em que a União detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social.

Dentre outras muitas atribuições deste órgão de supervisão, pode ser enumerada a coordenação e orientação da atuação dos representantes do Ministério nos conselhos de administração das empresas estatais, e a coordenação do grupo executivo da CGPAR, bem como exercer as atribuições de Secretaria-Executiva.

O aperfeiçoamento da gestão administrativa, através do aumento da eficácia e transparência na atuação das empresas estatais federais, também tem orientação e motivação do DEST, em busca permanente do fortalecimento das empresas do Governo.

O DEST ganhou mais força de atuação a partir da crise internacional



e da retração da economia mundial, iniciada no final de 2008 com a crise imobiliária nos Estados Unidos. As empresas estatais voltaram a se destacar no cenário nacional como responsáveis por investimentos capazes de impulsionar o desenvolvimento do País.

Em resposta a esse novo cenário mundial, e em consonância com o amadurecimento das instituições de mercado, o DEST tem ampliado a sua atuação para além do controle das receitas e dispêndios das empresas estatais, para atuar também como indutor de boas práticas de gestão e ser referência em governança corporativa para o setor público.

O outro órgão de supervisão das empresas estatais é a Comissão Internacional de Governança corporativa e de Administração de Participações Societárias (CGPAR), sendo esta comissão um importante passo dado pelo governo brasileiro. Criado a partir do Decreto Presidencial nº 6.021, de 22 de janeiro de 2007, tem por objetivo aperfeiçoar a ação do governo no seu papel de acionista, estimular a adoção das práticas modernas de direção corporativa e garantir maior transparência no relacionamento com empresas estatais.

De acordo com o inciso IV do artigo 1º do Decreto Presidencial citado acima, para o CGPAR, a governança corporativa das empresas estatais é considerada como conjunto de práticas de gestão que envolva, entre outros, os relacionamentos entre acionistas ou quotistas, conselhos de administração e fiscal, ou órgãos com funções equivalentes, diretoria e auditoria independente. Tem como finalidade otimizar o desempenho da empresa e proteger os direitos de todas as partes interessadas, com transparência e equidade, com vistas a maximizar os resultados econômico-sociais da atuação das empresas estatais federais.

A partir de sua implementação, o Estado passou a agir como um controlador informado e ativo, estabelecendo uma política de propriedade clara e consistente, garantindo que a governança das empresas estatais seja conduzida com transparência, responsabilidade, com respeito aos direitos das demais partes interessadas – entre elas a sociedade e os clientes – e respeitados os direitos dos acionistas minoritários.

Esta comissão é composta pelos seguintes Ministros de Estado: do Planejamento, Orçamento e Gestão (presidente); da Fazenda; da Casa Civil da Presidência da República; e do Controle e Transparência (em casos especiais).

O objetivo da implementação deste órgão de supervisão é: (i) aperfeiçoar a eficiência da ação estatal enquanto controlador das empresas estatais; (ii) tornar mais transparente para a sociedade as orientações expedidas para as empresas estatais, e; (iii) capacitar técnicos da Administração Pública para a formação de multiplicadores das políticas de governança corporativa para as empresas estatais federais (MACÊDO, 2008).

É importante frisar que, a partir da supervisão dos dois órgãos supramencionados, muitas das empresas estatais já começaram a utilizar com maior efetividade alguns conceitos das boas práticas de governança corporativa. Estes incluem o planejamento do negócio e a estratégia, comitês de auditoria, controle de estruturas, e inclusive a gestão de risco, avaliação e monitoração do desempenho (incluindo avaliação e revisão).

Entretanto, apesar de toda a previsão legal e a atuação intensa dos dois órgãos de supervisão, essas atribuições são incipientes, precisando de um período de transição e aplicação para começarem a gerar maior efetividade de desempenho e fazer com que as empresas estatais possam trazer ainda melhores retornos estratégicos e financeiros.

Para o governo brasileiro, é um grande desafio a formulação e implementação de uma política de governança corporativa para as empresas estatais federais que tenha como pilares a atuação coordenada do Estado brasileiro – como acionista majoritário – e a melhoria da atuação direta do Estado nas empresas por intermédio da seleção, orientação e coordenação da atuação dos Conselheiros de Administração representantes do acionista majoritário - Estado.

O fator protecionista mais relevante das empresas estatais é que não há um mercado de controle acionário rígido para elas. Essas organizações têm a possibilidade de recorrer aos cofres públicos e não estão expostas da mesma forma que as empresas privadas ao risco de falência (CHAN; SILVA; MARTINS, 2007).

A produção das empresas estatais obtém vantagens quanto às privadas em algumas ocasiões, quando:

- (i) as oportunidades para a redução de custo podem levar à perda da qualidade não contratualizável; (ii) a inovação tem pouca importância; (iii) a competição é fraca e os consumidores (usuário) tem pouca opção de escolha; (iv) os mecanismos reputacionais também são fracos.

As empresas estatais possuem qualidades positivas e negativas quando comparadas com as empresas privadas. Mario Engler Pinto Junior (2010) as definiu da seguinte forma:

A empresa estadual possui objetivos mal definidos e conflitantes, além de ficar exposta a influências políticas de toda ordem. Já a empresa privada visa exclusivamente à geração de lucros e, portanto, é mais sensível à necessidade de redução de custos e aos estímulos de mercado. Quanto mais competitivo for o mercado em que atua, maior será o impulso para operar eficientemente, de modo a preservar sua lucratividade e sobrevivência. Todavia, o desempenho superior da empresa privada não é um dado inexorável da realidade, mas depende da existência de ambiente propício aos negócios, tanto em nível microeconômico quanto macroeconômico. Dentre as condições favoráveis, destaca-se a qualidade da regulação incidente sobre o setor privado, sobretudo quando envolver a prestação de serviços de utilidade pública.

A aparente inferioridade da empresa estatal, quando comparada com a empresa privada, pode ser atribuída ao fato de priorizar a execução de políticas públicas em detrimento da maximização dos lucros, e não necessariamente à menor capacidade técnica e operacional. Evidências empíricas mostram que a exposição à concorrência de mercado tende a ser a mais efetiva para mudar o comportamento empresarial, do que simplesmente a substituição do controlador público pelo privado. Foi constatado ainda que a empresa estatal tem condições de responder adequadamente às restrições orçamentárias, realizando ajustes internos para redução de custos e melhoria da produtividade.

Corroborando com o entendimento supracitado, Gilmar Ribeiro de Mello afirma a existência de diversas razões para pressupor que as empresas estatais não têm um comportamento voltado para a minimização de custos. Uma delas se refere ao objetivo principal dessas entidades não ser, exclusivamente, voltado para a maximização do lucro (MELLO, 2006).

A partir do estudo comparativo entre as empresas estatais e as empresas privadas, mapeou-se o seguinte:

Empresas Estatais	Empresas Privadas
Interesse público	Maximiza a relação entre custo e benefício
Busca o lucro social	Busca o lucro financeiro
Atuação estrita ao determinado por lei	Tudo pode ser feito, exceto se proibido por lei
Execução da gestão: - Desnecessidade de constante inovação; - Processo decisório diluído; - Responsabilidades pouco definidas; - Elevado grau de formalidade; - Propensão à inatividade; e - Decisão da autoridade não é suficiente.	Execução da gestão: - Metodologias modernas; - Processo decisório bem definido; - Responsabilidades claramente distribuídas; - Grau de formalidade variável; - Decisão da autoridade é suficiente; - Instâncias de controle variáveis.
Controle e ação corretiva: - Ênfase no processo; - Burocracia e lentidão; - Foco na ação punitiva.	Controle e ação corretiva: - Ênfase no resultado; - Objetividade e eficiência; - Foco nas ações corretivas.

As empresas privadas costumam oferecer melhor qualidade a custo mais baixo, em decorrência dessas distorções associadas à propriedade pública dos meios de produção. Além disso, são mais focadas no dinamismo, rigor em matéria de controle de custos, maior produtividade e capacidade de inovação tecnológica.

A empresa estatal está sujeita ao comportamento oportunista do acionista controlador público, capaz de provocar prejuízo indevido ao patrimônio social. Isso pode ser verificado, por exemplo, em recorrentes episódios da Petrobrás sobre o congelamento do preço da gasolina, que é uma decisão estritamente política e não técnica.

Betty Lilian Chan alega que “a suposta ineficiência atribuída às estatais é justificada por não disporem da mesma clareza de objetivos que as empresas privadas, visto que usualmente objetivos sociais são sobrepostos aos objetivos comerciais ou de rentabilidade da empresa” (CHAN; SILVA; MARTINS, 2007).

Mario Engler Pinto Junior (2010) elenca três motivos que explicam o comportamento menos eficiente das empresas estatais, justificado principalmente pela estrutura da propriedade acionária:

- (i) distorções relacionadas com a natureza pública dos direitos de propriedade do Estado, que seriam mal definidos e pouco protegidos;
- (ii) problema de agência característico das empresas de capital pulverizado e sem acionista controlador definido, em que os administradores (agentes) agem de forma descompromissada com a maximização do bem-

-estar dos acionistas (principais); e (iii) desvios de conduta típicos de gestores públicos e agentes políticos autointeressados, conforme apontado pela teoria da escolha pública (*public choice*).

Diante dessas considerações sobre a governança corporativa das empresas estatais, é possível mapear algumas vantagens, quais sejam: a desnecessidade de constante inovação, a possibilidade de monopólio e a estabilidade negocial; e algumas desvantagens, como: possuir objetivos mal definidos, exposição à influência política e burocracia excessiva.

Por isso, o interesse público empresarial exige maior estabilidade, não podendo ficar ao sabor de conveniências político-partidárias de caráter sectário e transitório.

#### **4. ESTUDO COMPARATIVO SOBRE AS PRÁTICAS DE GOVERNANÇA CORPORATIVA ENTRE EMPRESA ESTATAL E EMPRESA PRIVADA**

Com o intuito de aferir o grau de maturação e a eficácia da adoção das boas práticas de governança corporativa, será feito um estudo comparativo entre duas empresas do mesmo ramo negocial: a empresa estatal BB Tecnologia e Serviços e a empresa privada Itautec, sendo ambas prestadoras de serviços de tecnologia da informação.

Seus principais concorrentes no mercado são: Atento, HP, IBM, Infosys, Lexmark, Perto, Procomp, Scopus, dentre outros.

##### **4.1 BB Tecnologia e Serviços S.A.**

A empresa estatal BB Tecnologia e Serviços, pessoa jurídica de direito privado, sociedade anônima de capital fechado, criada em 1974, passou a ser controlada pelo Banco do Brasil S.A. nos anos 90. Atua no setor de prestação de serviços de Tecnologia da Informação com foco nas atividades de automação eletrônica, assistência técnica de equipamentos bancários, desenvolvimento de softwares e sistemas associados ao segmento bancário. Adicionalmente, a BB Tecnologia e Serviços presta serviços de microfilmagem, impressão e retaguarda de atividades bancárias, tendo como principal cliente o Banco do Brasil S.A., responsável por 98,3% do faturamento da sociedade empresária. Além deste

cliente predominante, presta serviços para grandes sociedades empresárias privadas (Oracle do Brasil e D-Link do Brasil) e órgãos do setor público.

A estrutura social da BB Tecnologia e Serviços, em atenção às boas práticas de governança, é composta pelo Conselho de Administração; pelo Conselho Fiscal; pela Diretoria Executiva; pela Auditoria Interna; pela Consultoria Jurídica; pela Comunicação e Apoio à Governança; pelo Planejamento e Organização; e pelo Controles Internos. Além disso, adotou outros métodos de controle e gestão, dentre eles a contratação de sociedade empresária de auditoria independente; a transparência na divulgação dos relatórios anuais da administração; e a divulgação Anual da Responsabilidade Corporativa.

Algumas ações estruturantes possibilitaram a melhoria nos processos internos, administração mais eficiente dos recursos e ampliação da comunicação corporativa. Com a criação das áreas de gestão tributária e de custos foi possível implantar rotinas de identificação, quantificação, controle e análise dos riscos inerentes à operação dos serviços prestados. Novos processos envolvendo precificação de projetos e acompanhamento de custos foram normatizados e sofreram aperfeiçoamentos. A tributação dos diversos tipos de contratos nos estados começou a ser acompanhada com mais intensidade de forma a mitigar possíveis riscos tributários da Companhia.

A BB Tecnologia e Serviços tem se mostrado cada vez mais empenhada em manter os esforços da organização direcionados para as boas práticas de governança corporativa e de sustentabilidade, oriundas do equilíbrio entre as dimensões econômica, social e ambiental, de forma a se expor mais à competição, mostrando-se mais eficiente sobre o ponto de vista operacional e transmitindo mais segurança aos seus investidores, predominantemente o Banco do Brasil.

#### **4.2 Itaútec**

A companhia privada brasileira de capital aberto, Itaútec S.A., atuante no setor de tecnologia em soluções de automação bancária, automação comercial, serviços tecnológicos e computação, exerce suas atividades no Brasil desde 1979. Sofreu recentemente a alteração social em que 70% do seu capital social passou a pertencer à empresa Oki Electric Industry Co. Ltd. (“OKI”), sociedade constituída de acordo com as leis do Japão – “OKI”, sendo esta controlada pela Oki Eletric e pelo Grupo Itaúsa.

A Itautech possui modelo de governança moderno e eficiente, o qual visa à adoção de políticas e práticas de gestão que contribuem para a transparência no relacionamento com seus públicos estratégicos.

Entre os anos 2007 e 2011, a empresa Itautech se destacou como uma grande prestadora de serviço e equipamentos na América e Europa, sendo agraciada com diversos prêmios e reconhecimentos.

A sua relevância no mercado tecnologia se deu, entre outros motivos, pelo fato de sempre buscar aprimorar continuamente suas práticas de governança e adotar processos de gestão diferenciados e que possibilitassem a sua aproximação com seus públicos estratégicos.

A governança corporativa adotada pela Itautech consiste em um modelo semelhante ao recomendado pelas boas práticas de governança do IBGC, com a existência da Assembleia Geral de Acionistas, podendo esta ser ordinária ou extraordinária; a existência e constituição dos Conselhos de Administração e Fiscal; e a existência da Diretoria Executiva, dos Comitês de Assessoramento, das Auditorias Interna e Independente.

Tudo isso elencado acima é pautado no Código de Ética e Conduta da empresa, documento este que está alinhado aos princípios reconhecidos de sustentabilidade empresarial, o qual visa o reforço da atuação ética, transparente e legal.

A partir da recente venda de capital da controladora Itaúsa para a japonesa Oki Eletronic, a Itautech foi forçada a se submeter a um reposicionamento estratégico de modo a voltar a se impor a esse segmento de mercado, tendo em vista que desde 2008 vem sofrendo uma nítida declinação de seus resultados. A justificativa apresentada pela companhia é que, em função da globalização e escala de seus concorrentes, não está conseguindo gerar valor futuro aos seus acionistas, razão pela qual se impõe o reposicionamento estratégico, que incluiu a desativação do segmento de Computação e a parceria com player mundial nos segmentos de Automações e Serviços.

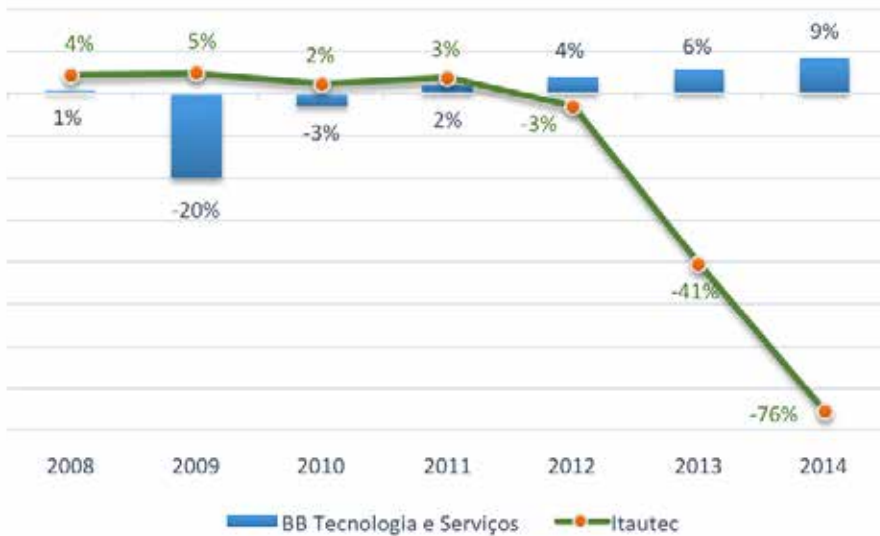
#### **4.3 Comparação entre a governança corporativa da BB Tecnologia e Serviços e da Itautech**

Conforme visto, a empresa Itautech, até 2012, sempre foi considerada uma empresa de ponta no Brasil no ramo tecnológico de serviços bancários.

Tendo em vista que a BB Tecnologia e a Itautech demonstram que aderem às melhores práticas de governança corporativa e estão sempre em busca de aperfeiçoamento de seus processos, pode-se fazer uma análise entre as duas para se aferir qual apresenta um maior nível de maturação, nos moldes definidos pelo IBGC.

O parâmetro de escolha da empresa foi a média da margem *Ebitda* (Lucros antes de juros, impostos, depreciação e amortização) da mesma ordem de grandeza, baseado no período entre 2008 e 2014. (Gráfico 1)

Gráfico 1 - Margem Ebitda



Fonte: Demonstrações de Resultado de 2008 a 2014.

Ressalte-se que a empresa considerada como comparável na ponderação de maturação da governança corporativa apresenta características semelhantes, mas não idênticas às da avaliada. Além disso, a empresa privada Itautech está listada na bolsa de valores, portanto, suas ações possuem maior liquidez que os papéis da empresa de capital fechado BB Tecnologia e Serviços.

Em atenção às análises das sociedades empresárias BB Tecnologia e Serviços e Itautech, apresenta-se, abaixo, um quadro comparativo com as informações mais relevantes sobre os níveis de governança corporativa destas (Quadro 1):



Quadro 1 - Resultado Quantitativo - BB Tecnologia e Serviços x Itautech

		#	Pergunta	BB Tecnologia e Serviços	Itautech
Dimensão de Governança corporativa	Conselho de Administração	1	Quantos membros titulares compõem o Conselho de Administração?	6	7
		2	Qual é o prazo (ano) do mandato dos conselheiros?	3	1
		3	Os cargos de diretor presidente e presidente do Conselho de Administração são ocupados por pessoas diferentes?	Sim	Sim
		4	Quantos conselheiros são independentes?	0	2
		5	Qual é o percentual de conselheiros independentes?	0%	28,50%
		6	Qual o número de reuniões do Conselho de Administração por ano?	12	?
	Conselho Fiscal	7	Existe Conselho Fiscal?	Sim	Sim
		8	Quantos membros titulares compõem o Conselho Fiscal?	3	3
	Código de Ética e Conduta	9	Existe um Código de Ética e/ou Conduta disponível publicamente?	Sim	Sim
	Auditoria Independente	10	Qual é a empresa de auditoria independente (em 2013)?	MAZARS	Baker Tilly Brasil
		11	O parecer da auditoria independente apresentou ressalva no último ano?	Não	Não
	Política de Dividendos	12	Existe uma política clara de distribuição de dividendos além das previsões legais (distribuição do mínimo de 25% do lucro líquido ajustado)?	Não	Não
	Gestão de riscos	13	Há informações substanciais sobre as práticas de gerenciamento de riscos?	Não	Não
		14	A empresa apresenta claramente quais são os principais fatores de risco que podem afetá-la?	Não	Não
	Controle Acionário	15	Qual o tipo de estrutura de propriedade da empresa? (controle estatal, compartilhado, familiar, estrangeiro ou pulverizado)	Controle estatal	Compartilhado
	Estratégia de Investimentos	16	A empresa divulga claramente sua estratégia de investimentos para os próximos 3-5 anos, incluindo uma estimativa dos montantes a serem investidos anualmente?	Não	Não
	Setor	17	Qual o setor de atuação da empresa? (classificação da Bovespa)	Tecnologia em soluções de automação bancária	
	Porte	18	Qual é a receita operacional líquida da empresa? (em 2014) (em milhões de reais)	666,8	101,6
		19	Qual é a margem Ebitda da empresa? (em 2014) (em milhões de reais)	9%	-76%

Fontes: Compilado de informações extraídas dos respectivos sites das empresas BB Tecnologia e Serviços e Itautech

Conforme pode ser analisado no Gráfico 1 da margem *Ebitda* aferida no período entre os anos 2008 e 2014, a Itautech vinha performando crescimento até o ano 2009. Em 2010, a empresa passou por um processo

de reestruturação operacional, estratégica e de gestão, realizando investimentos no fortalecimento da capacidade operacional da Empresa, com os ajustes extraordinários necessários para adequar a Companhia aos novos padrões contábeis e com as novas exigências para controles internos e para a gestão contábil, razões estas utilizadas para explicar a queda na rentabilidade da Empresa. Em 2011, voltou a estabelecer crescimentos nos resultados, o qual não foi capaz de se manter no ano 2012, apresentando um resultado líquido de 1,5 milhão, ou seja, inferior a 97% à reportada no ano anterior. Por fim, apresentou um prejuízo líquido em 2014 no valor de R\$ -38,7 milhões.

O argumento para esse impacto nos negócios e nos resultados da Itaotec foi que a indústria de tecnologia da informação sofreu as consequências das mudanças ocorridas no cenário macroeconômico brasileiro, incluindo a desaceleração das taxas de crescimento do País, a desvalorização cambial, a redução da taxa básica de juros e os efeitos da crise internacional.

No final do ano 2012, a empresa Itaotec já se encontrava com crises internas. A solução encontrada para que o negócio não continuasse obtendo lucros cada vez menores até começar a realizar prejuízos foi a negociação da mesma para os novos proprietários Oki Eletric e o Grupo Itaúsa.

Do outro lado, a BB Tecnologia e Serviços performou de forma oposta em relação à Itaotec durante o mesmo período. Até o ano 2009, a empresa vinha demonstrando resultados cada vez mais negativos, quando se iniciou um momento de importantes ajustes na sua estratégia de negócios. O objetivo foi propiciar um modelo de atuação que permitisse rentabilizar a companhia, fazendo com que seus resultados, no curto prazo, tendessem a ser menores do que os verificados em empresas maduras e com estratégia de atuação consolidada, como é o caso da empresa comparada.

A partir de um processo mais participativo, o corpo gerencial e estratégico definiu alternativas de prevenção, sendo essa uma prática essencial para a boa governança corporativa e que proporciona melhoria contínua na tomada de decisão e no desempenho empresarial.

A BB Tecnologia e Serviços conseguiu reverter o desempenho dos seus resultados, gerando um crescimento do seu lucro líquido de 781,9% entre os anos 2008 a 2014.

Diante das informações apresentadas no quadro acima, infere-se que os resultados obtidos com a modernização na gestão e pela a adoção das práticas de governança corporativa deverá ser observada, mais explicitamente com o passar dos anos, haja vista que o processo de mudança organizacional é lento e gradativo. A intenção desse comparativo é analisar a repercussão que a Governança corporativa trouxe às companhias, com ênfase à BB Tecnologia e Serviços.

Dessa forma, os resultados do estudo indicam que houve uma evolução significativa no reconhecimento da importância da Governança corporativa na empresa BB Tecnologia e Serviços e no entendimento dos conselheiros a respeito do tema, resultando em uma clara melhoria nas suas principais dimensões nas empresas nacionais. Ao mesmo tempo, ainda existem pontos relevantes que precisam ser endereçados para dar continuidade a esta evolução.

## 5. CONCLUSÃO

Aduz-se com o presente trabalho que o constante estudo da governança corporativa é de grande importância para a evolução e expansão do mercado empresarial e se trata de uma importante ferramenta para as empresas estatais aumentarem sua eficiência.

A adoção dessas práticas contribui no auxílio do alinhamento dos interesses com seus *stakeholders* e da gestão interna da Companhia, além de minimizar os conflitos internos (conflito de agência) e trazer facilidades para os acionistas controladores na administração estratégica da mesma, contribuindo para sua longevidade.

O conjunto dos princípios básicos e dos pilares da governança corporativa subsidia a promoção de um equilíbrio entre o papel desempenhado pelas sociedades empresárias e os *stakeholders*. Auxilia a direção, o monitoramento e o incentivo às sociedades empresárias, envolvendo os relacionamentos entre os acionistas, Conselho de Administração, Diretoria, Auditoria Independente e Conselho Fiscal, com a finalidade de otimizar o desempenho da sociedade empresária, facilitar o acesso ao crédito - maximizando seu capital -, e incentivar a perenidade e a longevidade.

Os resultados gerados pelas boas práticas de governança podem ser

tangíveis ou intangíveis, através de criação de valores, equilíbrio dos interesses e desenvolvimento do crescimento econômico.

A globalização fomenta essa evolução de forma mais célere, fazendo com que haja cada vez mais uma homogeneização do ambiente regulatório que permeia o sistema corporativo. No Brasil, a evolução legislativa é eminente, com destaque para o aperfeiçoamento das regras de governança corporativa, em especial as alterações na Lei das Sociedades Anônimas e a iniciativa da Bolsa de Valores de São Paulo de criar o Novo Mercado, um ambiente de negociação de ações emitidas por sociedades empresárias que apresentam boas práticas de governança corporativa.

Além da evolução legislativa, não se pode olvidar a importância das regras autorregulatórias que balizam os interesses comuns do ambiente empresarial.

Com a apresentação da sociedade empresária BB Tecnologia e Serviços, percebe-se que a mesma passou por diversas evoluções estruturais e alterações do planejamento estratégico até mostrar-se organizada como atualmente.

Ao adotar boas práticas de governança corporativa, a BB Tecnologia e Serviços demonstra, além de resultados financeiros satisfatórios, que sua administração se compromete com a transparência, a prestação de contas, a equidade e a responsabilidade socioambiental, suportadas pela utilização de ferramentas de monitoramento que alinham o comportamento dos executivos ao interesse dos acionistas e da Sociedade.

Foi feita uma análise comparativa entre as sociedades empresárias Itautech e BB Tecnologia e Serviços quanto às maturidades das governanças corporativa destas, além de evidenciar as diferenças entre a governança corporativa das empresas privadas e das empresas estatais.

A partir dessa análise, denota-se que a BB Tecnologia e Serviços tem se mostrado empenhada em continuar o seu crescimento pautado nas boas práticas de governança corporativa e de sustentabilidade, visto que a sua gestão, com esse aperfeiçoamento, passou a ter um viés mais profissional e promissor, o qual se verifica nos resultados auferidos.

O presente estudo permitiu constatar que as melhores práticas não são incompatíveis com as empresas estatais; pelo contrário. Com as necessárias adaptações às suas peculiaridades, o aprimoramento dos padrões de governança

maximizará a competitividade dessas empresas nos mercados em que atuam, na medida em que solidifica os fundamentos da atividade empresarial.

Espera-se que o presente estudo possa servir de incentivo para que a comunidade empresarial e acadêmica demande o aprimoramento da governança corporativa das empresas estatais, a partir da experiência da BB Tecnologia e Serviços, pois revela que a implementação das melhores práticas, além de ser viável, resulta em benefícios tangíveis e intangíveis à atividade empresarial.

## 6. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BRANCO, José Eduardo Castello; PINTO, Francisco Antônio Caldas de Andrade. **Governança corporativa de estatais: *quo vadis?***. III Congresso Consad de Gestão Pública. Rio de Janeiro.

BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6021.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6021.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7063.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7063.htm)>. Acesso em: 16 maio 2014.

CASADO FILHO, Napoleão. **Governança corporativa: análise jurídica dos seus efeitos**. São Paulo: Conceito, 2011.

CHAN, Betty Lilian; SILVA, Fabiana Lopes da; MARTINS, Gilberto de Andrade. Destinação de riqueza aos acionistas e aos empregados: comparação entre empresas estatais e privadas. **RAC**, São Paulo: v. 11, n. 4, Out/Dez. 2007.

COBRA. Demonstrações contábeis de 2009–2012. Disponível em: <<http://www.cobra.com.br/>>. Acesso em: 28 maio 2014.

SILVA, Edson Cordeiro da. **Governança corporativa nas empresas: guia prático de orientação para acionistas, investidores, conselheiros de administração, executivos, gestores, analistas de mercado e pesquisadores**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUEDES, Felipe Machado. As empresas estatais e o direito societário. **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**: 293-318, 2013.

IBGC. Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. **Governança corporativa: estrutura de controles societários**. São Paulo: Saint Paul, 2009.

Instituto Brasileiro de Governança corporativa (IBGC). **Código das Melhores Práticas de Governança corporativa**. 4. ed. São Paulo: IBGC, 2009.

ITAUTEC. **Demonstrações financeiras de 2009 – 2012**. Disponível em: <<http://www.itautech.com.br/pt-br/relacoes-com-investidores/destaques-financeiros/demonstracoes-financeiras-publicadas->>. Acesso em: 28 maio 2014.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <<http://www.itautech.com.br/pt-br/relacoes-com-investidores/institucional/perfil-corporativo>>. Acesso em: 27 maio 2014.

MACÊDO, Fabrício de Queiroz; et al. **Governança corporativa e governança na gestão pública**. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Gilmar Ribeiro. **Governança corporativa no Setor Público Federal Brasileiro**. f. Dissertação (mestrado em ciências contábeis). Faculdade de Economia e Administração, Universidade de São Paulo, 2006.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/ministerio.asp?index=4&ler=s852>>. Acesso em: 16 maio 2014.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. **Empresa estatal: função econômica e dilemas societários**. São Paulo: Atlas, 2010.

RECHTMAN, Marcos; FONTES FILHO, Joaquim Rubens; GAMMINO, Fernando. **Governança corporativa: aplicada ao contexto empresarial brasileiro**. Rio de Janeiro: Papel Virtual, 2004.

RIBEIRO, Milton Nassau. Fundamentos e efeitos jurídicos da governança corporativa. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo: 2002.

SHLEIFER, Andrei; VISHNY, Robert. A survey of corporate governance. **Journal of Finance**, v. 52, n. 2, 1997.

SILVA, Edmilson Gama da. **Governança corporativa: históricos, conceitos, perspectivas**. Brasília: Edição dos Autos, 2011.

STEINBERG, Hebert. **A dimensão humana da governança corporativa: pessoas criam as melhores e piores práticas**. São Paulo: Gente, 2003.

# **RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DAS S/A's EM COMPARAÇÃO COM A LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI Nº 12.846/13)**

Guilherme Nelson Corrêa dos Santos<sup>3</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Origem da Lei de Sociedades Anônimas. 3. 3 Origem e Evolução da Lei e das Sociedades Anônimas no Brasil. 3.1 Da Evolução da Lei de Sociedades Anônimas. 3.2 Da Responsabilidade dos Administradores das S/A's. 3.3 Da Responsabilidade dos Administradores das S/A's x Abuso de Poder de Controle. 4. Comparação da Responsabilidade Civil dos Administradores das S/A's e a Lei Anticorrupção. 5. Conclusão. 6. Referências.

## **RESUMO**

Será abordada neste trabalho, a Lei das Sociedades Anônimas, as diretrizes contidas na lei que servem para dar maior garantia da eficiência dos administradores no desempenho de suas funções, além de abordar os deveres dos administradores, entendendo-se como administradores, todos que compõem os cargos de diretoria da sociedade, bem como do Conselho Administrativo. Falaremos dos deveres de diligência, lealdade e do dever de informar, estabelecidos pelo legislador, que também impôs limites e impedimentos aos administradores, enquanto no exercício da função diretiva. Falando-se ainda da regra trazida pela LSA, de que o administrador não é responsável por obrigações assumidas pela empresa, já que a pessoa do administrador funciona meramente como a personificação da sociedade empresaria, sendo sua vontade, enquanto no exercício de suas funções administrativas, a vontade da empresa. Entretanto, demonstrar-se-á que o administrador, apesar dessa aparente imunidade, só gozará dela enquanto cumpre com legislação vigente e estatuto social da empresa, pois quando agir com desvio de finalidade, tanto a empresa, quanto os acionistas poderão civil e administrativamente acionar o administrador para ser responsabilizado pelo eventual desvio. Serão elencados exemplos para demonstrar como ocorreram as ações de responsabilização dos administradores, bem como o fato de a Assembleia Geral de Acionistas, ou Conselho Administrativo ter aprovado as contas ou atos do administrador, ainda assim não o eximir de ser responsabilizado por eventuais desvios. Será apontado a diferença entre a responsabilidade do administrador das S.A.'s

---

<sup>3</sup> Graduado em Direito. Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

e abuso de poder de controle, onde este último se diferencia pelo uso abusivo do poder de voto nas assembleias ou Conselho Administrativo do sócio controlador. Por fim, analisaremos as semelhanças entre a Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A's existente na Lei das Sociedades Anônimas e da existente na Lei de Anticorrupção.

**Palavras-chave:** DIREITO EMPRESARIAL. LEI DAS S/A 'S .LEI ANTICORRUPÇÃO.

## ABSTRACT

Will be addressed in this paper, the Brazilian Corporate Law, the guidelines contained in the law that serves to provide greater assurance of the effectiveness of managers in the performance of their duties, in addition to addressing the duties of directors, understanding as administrators, all that makes up the executive positions of the company and the Board. We will speak of the duties of care, loyalty and duty to inform, established by the legislature, which also imposed limits and impediments to management, while in the exercise of policy function. further discuss rule brought by the LSA, that the administrator is not responsible for obligations of the company, as the administrator of the person, merely acts as the personification of the business company, and his will, while in the exercise of its administrative functions, the will the company. However, it will prove to the administrator, despite this apparent immunity only will enjoy it while complying with current legislation and the bylaws of the company, because when acting with the purpose of diversion, both the company, the shareholders may civil and administrative trigger the administrator to be responsible for any misuse. They will be listed examples to demonstrate how occurred the accountability of actions of managers, as well as the fact that the General Shareholders' Meeting or the Board has approved the accounts or administrator acts still not exempt from being held responsible for any deviations. It will be pointed out the difference between the responsibility of the administrator of SA's abuse of power and control, where the latter is distinguished by the abuse of the voting power in the Assembly or the Board of the controlling shareholder. Finally, we analyze the similarities between the Civil Liability of Directors of S.A's existing in the Brazilian Corporate Law and the existing Anti-Corruption Act.

**Keywords:** BUSINESS LAW. CORPORATE LAW. ANTICORRUPTION LAW.

## 1. INTRODUÇÃO

As Sociedades Anônimas estimularam a criação e evolução das diretrizes e regulamentação contidas na lei, e que lhes regia, e buscando sempre maior garantia da eficiência dos administradores no desempenho de suas funções, além de reafirmar os deveres dos administradores, como lealdade, diligência



na direção da empresa e o dever de informar, tais atributos passaram a constar também em lei, sendo reafirmados pela Lei 6.404 de 1976, mais conhecida como Lei das Sociedades Anônimas (LSA).

Por sua vez, como administradores detinham grande poder ao dirigir a empresa, criaram-se então mecanismos legais para contra balancear tal poder e relativa imunidade, já que todos os seus atos enquanto administrador seria entendido pelo mercado como atos da sociedade empresarial da qual estivesse sob direção.

Nesse entendimento leciona Laerte Meyer de Castro Alves:<sup>4</sup>

Na condição de órgão da sociedade, o administrador exterioriza a vontade social, de modo que perante terceiros é a própria sociedade, detentora de personalidade jurídica distinta dos seus diretores e acionistas, quem assume obrigações e exerce direitos e poderes. Logo, caso algum terceiro se sentir lesado em decorrência de um ato regular de gestão, praticado pelo administrador de determinada companhia, deverá exigir desta a reparação de danos e não contra o seu representante pessoalmente.

E nesse entendimento, traremos ainda a regra trazida pela LSA, de que o administrador o administrador, apesar dessa aparente imunidade, só gozará dela enquanto cumprir com a legislação vigente e o estatuto social da empresa, do qual falaremos mais adiante, pois quando agir com desvio de finalidade, tanto a empresa quanto, quanto os acionistas poderão civil e administrativamente acionar o administrador para ser responsabilizado pelo ilícito cometido.

Novamente, trazemos o entendimento do jurista Laerte Alves que corrobora esse entendimento:

Por outro lado, os administradores poderão ser responsabilizados se procederem “dentro de suas atribuições ou poderes com culpa ou dolo”, ou “com violação da lei ou do estatuto”. Observe-se que as hipóteses descritas pela lei acabam por ter idêntica aplicação prática. Ato ilícito nada mais é do que a violação de direito com consequência danosa a pessoa, causada por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência – modalidades de culpa. Se assim o é, sempre que se houver violado a lei ou o estatuto, ter-se-á cometido um ato ilícito, seja por dolo ou culpa; por outro lado, ao se cometer um ato ilícito, ter-se-á necessariamente violado a lei e/ou o estatuto social.

<sup>4</sup> ALVES, Laerte Meyer de Castro. **Responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18209/responsabilidade-dos-administradores-de-sociedade-anonima/2>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

Através de exemplos mais adiante, veremos como ocorreram as ações de responsabilização dos administradores, bem como o fato de apesar de a Assembleia Geral de Acionistas, ou Conselho Administrativo ter aprovado as contas ou atos do administrador, ainda assim ele estará sujeito a responsabilização objetiva.

Depois de apontarmos a diferença entre a responsabilidade do administrador das S.A.'s e abuso de poder de controle, onde este último se diferencia pelo uso abusivo do poder de voto na assembleia ou Conselho Administrativo do sócio controlador, será demonstrado e analisado as semelhanças entre a Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A's existente na Lei das Sociedades Anônimas e da existente na Lei de Anticorrupção, e que efeito traz para o mercado e para o direito.

## 2. ORIGEM DA LEI DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

Existe certa divergência sobre o embrião exato que daria forma à Lei de Sociedades Anônimas, sendo que nos ensina Fabriccio Quixadá Steindorfer Proença<sup>5</sup>, em seu artigo, que existem evidências que teriam iniciado a ideia de sociedade ou companhia no período do Greco-romano com as poderosas arrendatárias de tributos devidos ao Estado em Roma, chamadas *societatis publicanorum* ou *societatis vectigalium*, notoriamente conhecidas nas páginas da Bíblia, são consideradas como a origem mais remota do que conhecemos hoje como sociedade anônima.

Lembra ainda o jurista Fabrício que aponta pra existência das associações de credores do Estado que existia na Idade Média, denominadas de *mons*, *mossa* ou *maona*, nas quais vários credores de empréstimos ao Estado se uniam com intento de receber junto com seus créditos, os juros pagos pelo Estado como forma de remuneração pelo uso destes. Destaca-se que o valor do empréstimo de cada sócio constituía a sua cota parte na sociedade, e consequentemente sua percentagem nos valores recebidos pelo governo. Essas cotas-partes podiam ser livremente alienadas, sendo irrelevante a *affectio societatis*, como nos explica

<sup>5</sup> PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. **Sociedade anônima**: aspectos gerais. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14194&revista\\_caderno=8](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14194&revista_caderno=8)>. Acesso em: 17 abr. 2016.

Fabício, aspecto esse que lembra muito bem as cotas de ações de uma S/A, onde o possuidor pode aliená-las sem prévio consentimento ou restrição.

Fabício<sup>6</sup> e Elyn Bastos de Sousa<sup>7</sup> fazem referência à sociedade Casa de São Jorge, em Gênova, transformada em 1407 no Banco de São Jorge, apontando Francisco como sendo considerado por alguns autores como a primeira sociedade anônima constituída nos moldes atuais.

Ambos os autores supracitados citam ainda as sociedades holandesas do Século XVII, criadas com a finalidade de exploração e comercio ultramarino, sendo uma das que mais se destacou, a Companhia das Índias Ocidentais, formalizada em 1602.

Desde então, tem-se criado legislações para regulamentar este tipo de negócio e a relação com os investidores, buscando sempre um grau de previsibilidade e segurança jurídica, sem afastar é claro, o risco do negócio, tratando tão somente da certeza de que o gestor e a empresa farão o máximo para se gerar lucro, sendo este o principal objetivo de tal sociedade desde seu embrião. E, por óbvio, buscando limitar a atuação tanto do administrador quanto da empresa para prevenir atos lesivos ao patrimônio da sociedade.

A importância de tal fenômeno jurídico e comercial ganhou importância, e cresceu, bem descrevendo Kayo Vinycius Lacerda Lopes<sup>8</sup> ao citar André Luiz Santa Cruz que diz:

Os negócios empreendidos pelas sociedades anônimas eram tão relevantes para a economia que durante muito tempo elas se constituíam mediante outorga do poder estatal. Posteriormente, mais precisamente após a promulgação do código comercial francês de 1808, a constituição das sociedades anônimas deixou de ser um privilégio dependente de outorga do poder público para se constituir em uma faculdade aberta aos investimentos em constituí-las, dependendo eles apenas de uma autorização estatal. Com o passar do tempo, todavia, o desenvolvimento do capitalismo exigiu que se simplificassem ainda mais as regras para a consti-

<sup>6</sup> PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. **Sociedade anônima**: aspectos gerais. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14194&revista\\_caderno=8](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14194&revista_caderno=8)>. Acesso em: 17 abr. 2016.

<sup>7</sup> SOUSA, Elyn Bastos de. **Sociedade anônima**. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAexXgAE/sociedade-anonima>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>8</sup> LOPES, Kayo Vinycius Lacerda. **Responsabilidade do administrador da sociedade anônima**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26944/responsabilidade-do-administrador-da-sociedade-anonima>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

tuição das sociedades anônimas, razão pela qual a partir de meados dos anos 1800 os diversos ordenamentos jurídicos deixaram de exigir previa autorização governamental para a constituição de uma S/A, sendo necessário, tão-somente, o registro prévio no órgão competente e a submissão de um regime legal específico.

Dessa maneira, as sociedades anônimas e seus empreendedores conseguiram maior liberdade para instituí-la e gerirem, abrindo novos caminhos e também novos obstáculos.

### **3. ORIGEM E EVOLUÇÃO DA LEI E DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS NO BRASIL**

#### **3.1 Da Evolução da Lei de Sociedades Anônimas**

No Brasil, o direito buscou acompanhar essas mudanças, buscando juridicamente criar normas que regessem as sociedades anônimas, dando um padrão e diretrizes a serem seguidas pelo empresário e dando certo grau de previsibilidade jurídica para seus investidores.

Surgiu então, como nos traz Elyn Bastos de Sousa ao citar o doutrinador Marcelo M. Bertoldi, quando este fez menção ao Decreto 575 de 10.01.1949, que mesmo não podendo ser encontrado no site [www.presidencia.gov.br](http://www.presidencia.gov.br), traz Elyn o que foi o primeiro regramento a respeito das sociedades anônimas brasileiras, vejamos:

A Referida lei determinava que a criação da sociedade e a aprovação de seu estatuto dependiam de autorização por parte do governo, que poderia, inclusive, dissolvê-las caso verificasse que as condições a que se obrigaram não tinham sido cumpridas.

Mais tarde, como ensina Elyn<sup>9</sup>, seria acrescentado ao nosso Código Comercial, Lei nº 556 de 25 de julho de 1850, no Título XV, os artigos 295 a 299, que trataria diretamente do tema das sociedades anônimas, e, portanto, teria nomenclatura sugestiva “Das Companhias e Sociedades Comerciais”. Sendo este o ponto de partida da regulamentação das S/A's no Brasil, dando a liberdade

<sup>9</sup> SOUSA, Elyn Bastos de. **Sociedade anônima**. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAaexXgAE/sociedade-anonima>>. Acesso em: 15 abr. 2016.

que já era proposta no exterior, de ser necessário apenas o registro na junta comercial, sendo ainda escasso quanto a regulação, mas já prevendo, em seu artigo 299 a responsabilização pessoal e solidária a danos causados a terceiros que contatarem com a companhia até o valor da subscrição.

Pode-se ainda observar que os administradores tinham mandatos revogáveis, podendo ser sócios ou não, devendo, quando a sociedade fosse usufruir de privilégios do governo, ser previamente chancelado pelo “Corpo Legislativo” competente, como conta do artigo 295 do Código Comercial de 1850 (Lei nº 556).

Extraí-se ainda do artigo supra mencionado, que no caso previsto na legislação, as sociedades anônimas deveriam ser formadas com tempo determinado, e sua fiscalização interna se faria por parte dos acionistas que comprovariam seu direito ao voto com documento hábil, havido de registro público.

Com os avanços da economia e relações de comércio, as sociedades anônimas também passaram por mudanças, e a prática demonstrou que era necessária uma norma mais abrangente para acompanhar as necessidades do mercado e dos investidores por regulamentação mais efetiva e regulação mais clara e abrangente.

Foi então, como ensina Fabriccio Quixadá Steindorfer Proença<sup>10</sup> que se deu início as implementações para melhor regular as sociedades anônimas, sendo elas várias, e que alteraram e foram alteradas novamente por leis tais como, o Decreto nº 3.150, de 3 de outubro de 1882, que se norteou pela legislação francesa ao suspender a exigência de autorização governamental para a constituição da sociedade anônima.

Fabriccio cita ainda o Decreto nº 434, de 4 de junho de 1891, que manteve as disposições legislativas referentes às sociedades anônimas e revogou os artigos 295 a 299 do Código, e o último de maior importância, e, mais recente, o Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940, que substituiu o Decreto nº 434, que vigorava até 1976, quando foi revogado pela Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976.

<sup>10</sup> PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. **A sociedade anônima: aspectos gerias.** Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14194&revista\\_caderno=8](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14194&revista_caderno=8)>. Acesso em: 17 abr. 2016.

### 3.2 Da Responsabilidade dos Administradores das S/A's

Seguindo a onda da regulamentação formal acerca das sociedades anônimas, também avançaram a regulamentação de seu corpo administrativo, de seus deveres, direitos, responsabilidades e obrigações, visando não só a profissionalização do corpo diretivo e de seus fiscais, mas também de se evitar a desvirtuação do negócio, ou ainda, inibir ilícitos cíveis e penais.

Neste esteio que aborda Laerte Meyer de Castro Alves<sup>11</sup> quando diz que:

O direito societário, ao atribuir deveres e responsabilidades aos administradores, demonstra a tendência atual de considerar as sociedades anônimas uma unidade econômica que desperta os interesses da comunidade em geral. Por esse motivo, a gestão dos administradores precisa ser pautada por uma série de regramentos legais, a fim de assegurar eficiência e responsabilidade. Até mesmo a Comissão de Valores Mobiliários dispõe de prerrogativas especiais para interferir nos negócios da companhia, aplicando ao administrador penalidade de suspensão do exercício do cargo ou declarando-o inábil ao desempenho do mesmo.

Os deveres dos administradores, e como administradores, se entenda, todos com cargos com poder de direção ou fiscalização, tais quais diretor-presidente, diretor-financeiro, ou ainda membro do Conselho de Administração, devendo cumprir o disposto no artigo 153 da Lei de Sociedades Anônimas. Neste artigo contém o rol dos deveres, devendo se entender como obrigações, dos administradores, sendo eles, o da diligência, o da lealdade e dever de informar.

Extraí-se de maneira resumida desses princípios, que o que se espera do administrador, e sua diligência de praxe, no exercício de suas funções, sendo em tese, sua honestidade e capacidades implícitas, sendo, entretanto, que Fábio Ulhôa<sup>12</sup>, que o entendimento da diligência um caráter mais relativo aos conhecimentos técnicos de administração de empresas

E foi pensando também na fiscalização do diretor-presidente e demais diretores, que se criou o Conselho Administrativo, que serve tanto para fiscalizar, quanto para sabatar os diretores, propor ou anuir acordos de alterações, sendo

<sup>11</sup> ALVES, Laerte Meyer de Castro. **Responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18209/responsabilidade-dos-administradores-de-sociedade-anonima/2>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

<sup>12</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 273.

que de todas essas, a escolha dos diretores e a fiscalização das atividades dos diretores das empresas constitui sua maior e mais importante tarefa.

Sendo assim, fica clara a tarefa do Conselho Administrativo de servir como auditor das atividades profissionais dos diretores, bem como ser corregedores, com a finalidade de garantir que a sociedade ali criada, sirva o seu propósito que é o de gerar lucro, quando não ocorrendo, ou em caso de ilícito civil, ou desvio de finalidade, deverão o Conselho administrativo agir, sob pena, de, como dispõe o artigo 153 da LSA<sup>13</sup>, vejamos:

**Art. 153.** O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

E é neste entendimento que Modesto Carvalhosa<sup>14</sup> defende que, quando da atuação dos administradores, sempre deve ser revestida também da lealdade, sendo ela descrita como o agir de acordo com o interesse dos acionistas, devendo ser desconsiderada da sua atuação profissional, enquanto administrador, qualquer interesse particular que vá de encontro com o interesse dos acionistas.

Deve, portanto, o administrador, de acordo com o que defende Carvalhosa, se abster de qualquer reunião, deliberação ou transação, em que seus interesses não acompanhem o dos demais acionistas, ou em que possa ele estar suspeito, podendo ser sua deliberação parcial em seu benefício.

O dever da diligência, como ensina Carvalhosa<sup>15</sup>, impele que o administrador, ao gerir a sociedade, o faça com o maior grau de exatidão, onde deve ele não só zelar pelo patrimônio, como também deve sempre vigiar a atuação de seus subordinados, pois, ele também pode ser responsabilizado por sua omissão em algum ato administrativo ou negocial, como expõe o autor mencionado<sup>16</sup>, ao dizer o administrador assume o risco quando da sua

<sup>13</sup> BRASIL. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11499295/artigo-153-da-lei-n-6404-de-15-de-dezembro-de-1976>> Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>14</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários a Lei de Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3. p. 317.

<sup>15</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários a Lei de Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3. p. 315-319.

<sup>16</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários a Lei de Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3. p. 326.

negligência, ou agir com imprudência ou imperícia, pois fere diretamente o dever de diligência, mister para aquele que ocupa tal cargo diretivo.

Foi com este pensamento que o legislador acabou inserindo na Lei nº 6.404/76 (LSA) os artigos 154 a 156, onde claramente define além das atribuições do administrador, também estabelece seus limites de atuação e impedimentos, vez que, como já foi dito, não pode o administrador, enquanto ocupar cargo diretivo, agir em contrário ao interesse da empresa, buscando apenas um benefício individual, como dispõe o artigo 154 da LSA<sup>17</sup>, abaixo exposto:

**Art. 154.** O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

**§ 1º** O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

**§ 2º** É vedado ao administrador:

a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;

b) sem prévia autorização da assembleia-geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito;

c) receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembleia-geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo.

**§ 3º** As importâncias recebidas com infração ao disposto na alínea c do § 2º pertencerão à companhia.

**§ 4º** O conselho de administração ou a diretoria podem autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

Desta feita, não pode o administrador, agir com desvio de finalidade, uma vez que foi contratado, ou melhor, indicado e sabatinado pelo Conselho de Administração para gerir uma empresa no melhor interesse dos sócios que o elegeram, respeitando tanto a legislação em vigor, no caso a Lei das Sociedades Anônimas e do Estatuto Social da Empresa<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> BRASIL. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11499248/artigo-154-da-lei-n-6404-de-15-de-dezembro-de-1976#>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

<sup>18</sup> Estatuto Social da Empresa é uma carta normativa que regula e traz as diretrizes da atuação



Fato é que, apesar de existir a possibilidade de responsabilização dos administradores das S/A's, essa não é a regra, sendo a regra a não responsabilização do administrador, mas sim da empresa, quando este agir sobre os ditames da empresa e de seu Estatuto Social, já que, enquanto atuar dentro dos ditames retro mencionados, a pessoa do administrador será apenas a personificação ou encarnação física da empresa.

Podemos melhor entender esta exceção com o caso elencado a seguir:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.504.850 - ES (2014/0205017-0)  
RELATOR: MINISTRO OG FERNANDES RECORRENTE: FAZENDA NACIONAL ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL RECORRIDO: DANIEL SANTANA BARBOSA RECORRIDO: EMPRESA DE MINERAÇÃO LITORÂNEA S/A ADVOGADO: ARTHUR MATTOS NETO DECISÃO Vistos, etc. Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda Nacional, com fundamento na alínea a do permissivo constitucional, contra acórdão do TRF da 2ª Região, ementado nos seguintes termos (e-STJ, fl. 99): TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APELAÇÃO CÍVEL. SOCIEDADE ANÔNIMA. RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN E 158 DA LEI N. 6.404/1976. ILEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. A responsabilidade dos acionistas é restrita à participação que possuam na empresa, exceção que se faz a casos, comprovados pelo Fisco, de ter aquele agido com dolo ou culpa, com infração à lei ou ao estatuto, nos termos dos artigos 135, III, do CTN e 158 da Lei n. 6.404/1976. 2. O simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração legal. [...] Ante o exposto, com base no art. 557, caput, do CPC, nego seguimento ao recurso especial. [...] (STJ - REsp: 1504850 ES 2014/0205017-0, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 24/06/2015)<sup>19</sup>

Desprende-se de tal acórdão, bem como do artigo anterior a este, que o administrador não irá responder pelo resultado de sua gestão, nem da condução de sua política empresarial, devido ao risco próprio do negócio,

---

tanto da sociedade, quanto de quem a administra, ditando seus deveres e responsabilidades de acordo com a finalidade e área de atuação da empresa.

<sup>19</sup> BRASIL. **Recurso Especial nº 1504850**. Disponível em: <[http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201888203/recurso-especial-resp-1504850-es-2014-0205017-0?ref=topic\\_feed](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201888203/recurso-especial-resp-1504850-es-2014-0205017-0?ref=topic_feed)>. Acesso em: 23 abr. 2016.

sendo que, a contrário senso, será responsabilizado pelo não cumprimento de suas responsabilidades e obrigações como, ou quando agir de forma desleal, com desvio de conduta, ou ainda em omissão no exercício de suas atividades funcionais (gestão), como leciona Carvalhosa<sup>20</sup>.

Lembra-se ainda que, o administrador, pela legislação anteriormente citada, deve, pelo princípio da lealdade a empresa, proteger suas informações vitais, tanto de “know-how” quanto de informações de “insider trading”, sendo vedado se utilizar o administrador dessas informações sob pena de processos administrativo movido pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) ou pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), cível de reparação de danos por parte da empresa e seus sócios, sem prejuízo de eventuais processos penais.

Assim, sempre que atuar em conforme com a legislação vigente, sendo no caso a Lei das Sociedades Anônimas e o Estatuto Social da Empresa, o administrador e estará isento de responsabilização de seus atos de gestão e estratégia administrativa, salvo se infringir a Lei ou agir com desvio de finalidade, assim preceitua o artigo 158 da LSA, leiamos:

**Art. 158.** O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

**I** - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

**II** - com violação da lei ou do estatuto.

**§ 1º** O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral.

**§ 2º** Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

**§ 3º** Nas companhias abertas, a responsabilidade de que tra-

<sup>20</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários a Lei de Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3. p. 332-333.

ta o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

Resta claro pelo texto do artigo 158 que, não só atuação com desvio de finalidade do administrador gera responsabilidade solidária, mas também a omissão perpetrada pelo administrador que sabendo do não cumprimento de lei ou estatuto social da empresa, nada faz para impedir ou<sup>21</sup> avisar ao Conselho Administrativo, Acionistas ou respectivos órgãos de vigilância e regulação.

Tal entendimento serve tanto para os diretores, como para o Conselho Administrativo, com a diferença de que para o Conselho ser vinculado a responsabilidade, a vontade deve ser demonstrada unilateralmente e coletivamente pelos membros do Conselho. Excluindo-se o membro discordante que fizer constar ou consignar na Ata de Deliberação, a sua discordância, ou em usar de outra ferramenta legal de exoneração de responsabilidade como aponta Modesto Carvalhosa<sup>22</sup>.

Gladston Mamede concorda com todo o entendimento exposto por Modesto Carvalhosa, sendo que Mamede cita o Código Civil, apontando que o dever ser do administrador encontra respaldo no art. 1.011 do Código Civil, além do artigo 1.016 do mesmo diploma legal, que fala do ato em sendo culposo, também gera responsabilidade solidária. Elenca ainda, para corroborar o entendimento de Carvalhosa, os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, que falam da ação do administrador que age além do que lhe autoriza a legislação e excede seu mandato, cometendo ilícito, além do artigo 667 que corrobora com o artigo 1.011 do CC.

<sup>21</sup> MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro**: direito societário: sociedade simples e empresariais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 2. p. 138-139.

<sup>22</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários a Lei de Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3. p. 430.

Um exemplo dessa violação se esclarece no acórdão dado na Apelação nº 0119301-59.2005.8.26.0100 do TJSP, cujos desembargadores penalizaram tanto o diretor-presidente como os outros demais diretores da empresa, além do conselho administrativo que anuiu de forma ilegal, transgredindo a lei e ao estatuto social da empresa, ao fazerem modificações de competência da Assembleia de Acionistas, aumentando salários dos diretores e do C.A., alterando a duração do mandato do diretor-presidente entre outras infrações.

Neste caso, o diretor presidente convocou uma reunião do Conselho para aprovar, entre outras irregularidades, seu aumento de salário, incorporando seu bônus referente à sua produtividade, bem como prolongamento de seu mandato de diretor presidente de 3 para quatro anos, além de aumentar os salários dos demais diretores e dos membros do Conselho de Administração.

Vendo o ocorrido, os acionistas ingressaram com uma ação de anulação de deliberação do Conselho Administrativo, vejamos o que entendeu os desembargadores<sup>23</sup>:

- Reconheceram que as regras do Estatuto Social da Empresa e a Lei das S/A's, são sim aplicáveis ao administrador e ao Conselho administrativo.
- Destacam a nulidade do primeiro aditivo que determinou o aumento de salários, bem como a extensão de seu mandato para 48 meses (vedado pelo art. 143 da L.S/A que permite somente 36 meses), sendo que tais decisões só podem ser tomadas pela Assembleia Geral de Acionistas de acordo com o art. 152 da Lei das S/A's e do art. 12 do Estatuto Social. Apontando ainda que, dado ao fato do principal ser nulo, por consequência os acessórios são nulos (obrigações derivadas), quais sejam o instrumento particular de confissão de dívida e o instrumento particular de penhor mercantil.
- Acrescentam ainda que resta clara e evidente o exercício por parte do administrador em interferir em operação de que tenha interesse conflitante com o da empresa, sendo ainda que não comunicou a AGA

<sup>23</sup> BRASIL. **Apelação nº 0119301-59.2005.8.26.0100 do TJSP**. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0119301-59.2005&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=0119301-59.2005.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

sobre tal fato, afrontando o art. 156 da LSA caput, e seu §1º, devendo de acordo com o §2º do mesmo artigo, ser toda a verba devolvida quando desrespeitado o §1º, desmerecendo também os interesses da empresa de acordo com o art. 154 da LSA.

- Por fim decidem que deverá os réus restituírem o montante integral com correção desde a data do ajuizamento e juros de mora desde a citação.

Adiciona-se a todo o exposto, os ensinamentos de Waldo Fazzio Junior<sup>24</sup>, que acrescenta que ainda ratificada pela Assembleia Geral de Acionistas (AGA), em caso de descumprimento de lei ou estatuto, os acionistas podem não só anular a deliberação judicialmente, mas também pedir restituição de eventuais danos causados.

Esclarece Fazzio Junior que a chancela da AGA, não exime o administrador de sua responsabilidade legal e estatutária, devendo os acionistas, caso queiram restituição de perdas oriundas das ilegalidades praticadas pelo administrador e aprovado em assembleia, deverá antes anular a assembleia que aprovou as contas ou a Ata de votação do Conselho de Administração como leciona Edilson Enedino das Chagas<sup>25</sup>.

Aponta ainda Fazzio Junior que, os administradores e membros do Conselho Fiscal, podem responder a qualquer tempo por seus atos e omissões, salvo quando da prescrição extintiva, além de que os administradores, respondem solidariamente por obrigações assumidas pela instituição financeira durante sua gestão, até que ela seja paga ou cumprida.

Existe ainda, casos de punições aplicadas pela CVM, quando de irregularidades cometidas pelos administradores, como explica Fábio Ulhôa Coelho<sup>26</sup>, ao afirmar que além das sanções penais e cíveis, existem as punições administrativas aplicadas pela Comissão de Valores Mobiliários, podendo o referido órgão impor multas, advertências ou até a suspensão ou inabilitação do exercício do cargo, como impõe o artigo 11 da Lei 6.835/76.

<sup>24</sup> FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 234-235.

<sup>25</sup> CHAGAS, Edilson Enedino. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

<sup>26</sup> COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de direito comercial: direito de empresas**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 243-244.

Destaca ainda Fábio Ulhôa que, em caso de tanto o Conselho Administrativo quanto à Assembleia postergar a abertura de ação de responsabilização por mais de 3 meses, qualquer acionista poderá fazê-lo. Entretanto, se decidirem por não propor a ação de responsabilização, poderá o acionista minoritário o fazer individualmente, desde que detenha no mínimo 5% das ações, e o fará em nome da empresa, ambas as hipóteses previstas no artigo 159, §3º e 4º da LSA.

No julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2011/5211<sup>27</sup>, onde foi instaurado, apurado e julgado a responsabilidade de Carmen Vetter Werner, acionista controladora e presidente do Conselho de Administração das Electro Aço Altona S/A, e demais membros do Conselho, por terem fixado um salário extremamente elevado para Carmen Werner ao ocupar o cargo de Presidente do Conselho de Administração.

Ficou claro, no entender da CVM, que o ato do Conselho de Administração feriu o artigo 152 da LSA, ao fixar um salário de 120 mil reais, representando mais de 40% da remuneração do CA, sem nenhuma justificativa plausível, quer por experiência profissional ou qualificação.

O artigo 152 exige a fundamentação para a fixação da remuneração do Conselho de Administração e dos Diretores, agindo o Conselho com desvio de poder violando o art. 154, ambos da LSA.

A CVM condenou ainda, a Sra. Carmen ao pagamento de multa de 500 mil reais, além de multa individual de 200 mil reais aos outros conselheiros.

Outro caso que serve como exemplo o caso Aço Ipanema – Villares – S/A, em ação proposta por seus acionistas, contra ex-administradores que cometeram desvios e irregularidades na gestão da sociedade, nos serviços de terraplanagem, contingências passivas, despesas de viagem dos três réus, viagens não efetuadas com reembolsos diretamente aos mesmos, além de contingências fáticas sobre salários indiretos, além de despesas não relacionadas com o objetivo social da empresa, além de que a maior parte das despesas com terraplanagem e remoção de escórias, ou foi superfaturada, ou era inexistente.

Neste caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela responsabilização dos ex-administradores, ainda que já haviam deixado o cargo, deveriam restituir

<sup>27</sup> COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2013/4660**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2015/20150701-3.html>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

a empresa os danos patrimoniais causados a ela, bem como a condenação do pagamento de indenizações pelo desvio de finalidade, perpetrados pelos ex-administradores, enquanto ocupavam a direção da empresa. Vejamos o Acórdão:

PROCESSO CIVIL E COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. AÇÃO SOCIAL ORIGINÁRIA. ART. 159, LEI 6.404/76. RESPONSABILIDADE DOS EX-DIRETORES. DOUTRINA. APURAÇÃO FUNDADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA. ATOS ILÍCITOS. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. ENUNCIADO Nº 54 DA SÚMULA/STJ. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CONDENAÇÃO DE TRÊS DOS RÉUS. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 3º, CPC. PEDIDO IMPROCEDENTE EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. APRECIÇÃO EQUITATIVA. ART. 20, § 4º, CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I - O grau de participação de ex-diretor nas decisões financeiras da empresa, a avaliação do porte das despesas efetuadas, o período de realização dos gastos, enfim, o grau de responsabilidade de cada diretor somente se pode aferir da análise dos documentos e laudos juntados na fase instrutória, cujo reexame, nesta instância especial, encontra óbice no verbete sumular nº 7/STJ.

II- A “ação social originária”, segundo a boa doutrina, é ajuizada pela companhia contra seus (ex-)administradores, com o fim de obter o ressarcimento de prejuízo causado ao patrimônio social, seja por terem agido com culpa ou dolo, seja por terem violado a lei ou o estatuto. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, portanto, como no caso, é de ser aplicado o enunciado sumular nº 54/STJ, para que os juros fluam desde a data dos atos ilícitos atribuídos a cada um dos diretores.

III - [...] IV - [...]. (REsp nº 279.019 - SP (2000/0096692-4) Relator: Min. Salvo De Figueiredo Teixeira)(destacou-se)

Assim, tendo entendido a violação do artigo 159 da LSA, os ministros mantiveram a decisão de segunda instância e penalizaram os réus a devolverem todos os valores gastos acrescidos de juros e correção, aplicados a partir da data dos ilícitos atribuídos a cada um.

Restando claro o benefício ao mercado e aos acionistas da Lei das Sociedades Anônimas ao trazer a delimitação da atuação do corpo diretivo e fiscalizador, bem como já instituir os parâmetros para tais, e prevendo eventual punição na esfera administrativa e civil, sem prejuízo da penal e ambiental, aos administradores que a LSA desrespeitar.

### 3.3 Da Responsabilidade dos Administradores das S/A's x Abuso de Poder de Controle

Como já foi discutido, a responsabilidade do administrador da S/A, se caracteriza pelo abuso do exercício do poder de direção, incorrendo em violação da legislação ou do estatuto social da empresa, podendo ou não acarretar prejuízos financeiros.

Por parecer muito com o instituto do abuso do poder de controle, muitos confundem os dois, já que em ambos os casos, pode e é perpetrado por sócio controlador em posição de cargo diretivo, quer em diretoria ou no Conselho de Administração, o que nem sempre é a regra.

A diferença se encontra na fundamentação para orientar o exercício do administrador, bem como sua responsabilização por eventuais desvios se encontram nos artigos 153 a 159 da LSA. Já o abuso o poder de controle encontra fundamentação nos artigos 115 a 117 da LSA, que versa sobre o abuso do poder de controle, delimitando o poder de atuação do acionista majoritário para que este não prejudique os minoritários, nem o contrário, impedindo que este haja contra os interesses da coletividade, ou melhor, da companhia.

Melhor explica tal conceito a jurista Jessica Ferreira<sup>28</sup> ao dizer:

Segundo Bulgareli: “o abuso do poder de controle caracteriza-se pela prática de uma infração no exercício da prerrogativa legal do controle acionário.” Ademais, conforme manifestado em Inquérito Administrativo CVM 23/1999: “o abuso do poder de controle requer, para sua caracterização, o exercício do direito de controle, a antijuridicidade desse exercício e o prejuízo dele decorrente”.

Na jurisprudência, o STF, por voto do Min. Moreira Alves, adotou o conceito tradicional de Champaud, para definir o abuso do poder de controle, *in verbis*:

“O abuso do poder de controle resulta da causa ilegítima de decisões tomadas com a única finalidade de prejudicar uma categoria de acionistas ou para satisfazer aos interesses exclusivamente pessoais de alguns deles. Nessa hipótese o controle e desviado de suas finalidades legítimas que são de assegurar a acumulação do patrimônio social e a prosperidade da empresa.”

O acionista controlador responderá pelo exercício abusivo

<sup>28</sup> FERREIRA, Jessica. **O abuso de poder de controle do acionista controlador da Sociedade Anônima**. Disponível em: <[https://jus.com.br/artigos/36969/o-abuso-de-poder-de-controle-do-acionista-controlador-da-sociedade-anonima#\\_ftn2](https://jus.com.br/artigos/36969/o-abuso-de-poder-de-controle-do-acionista-controlador-da-sociedade-anonima#_ftn2)>. Acesso em: 26 abr. 2016.



de poder ao causar danos à sociedade, favorecendo, por exemplo, outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros e no acervo da companhia, conforme previsto no Art. 117, § 1º, a, da Lei

#### **4. COMPARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DAS S/A'S E A LEI ANTICORRUPÇÃO**

A Lei das Sociedades Anônimas veio para que o direito possa acompanhar as tendências do mercado e da economia, normatizando procedimentos e estabelecendo parâmetros de atuação para os administradores das S/A's, discriminando e regulamentando punições para estes, caso descumpram a legislação ou o estatuto social.

Mais precisamente, o artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas, versa sobre essa possibilidade, elencadas nos artigos 153 ao 159, condutas a serem evitadas ou proibidas, bem como a omissão por parte do administrador, que também é penalizada. Sendo que toda essa legislação tem o intuito, como dito, de garantir o nível de profissionalização do administrador, bem como sua lealdade e diligência requerida, delimitando seus poderes e protegendo o gestor, sem, contudo, deixar impor condenação em caso de descumprimento, para coibir práticas fraudulentas, entre outros ilícitos administrativos, cíveis e tributários.

A Lei nº 12.846 de 2013, mais conhecida como Lei Anticorrupção foi criada com igual finalidade e objetivo de trazer para o setor público esses princípios de zelo na gestão a ser dispensado pelos administradores de empresas em relação à Administração Pública, responsabilizando as pessoas jurídicas por desvios de finalidade, conduta ou improbidade a pessoa jurídica, e de seus gestores (dirigentes e administradores) na medida de sua culpabilidade, como reza o artigo 3º, caput e § 2º, da lei supracitada.

Segundo Marco Vinicio Petrelluzzi e Rubens Naman Rizek Junior<sup>29</sup>, a responsabilidade civil desses gestores, tem como pressuposto a existência de dano e a necessidade de sua reparação, buscando retornar ao *status quo ante*.

<sup>29</sup> PETRELLUZZI, Marco Vinicio. **Lei Anticorrupção**: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 52.

Destacando ainda que a conduta ilícita que gerou o dano não é elemento essencial para a caracterização da responsabilidade civil objetiva.

Petrelluzzi lembra que a responsabilidade civil objetiva, ou responsabilidade sem culpa é aquela que deriva não do comportamento subjetivamente analisado do administrador, mas em função da aplicação de princípios jurídicos ou de expressa disposição legal, entendendo que o próprio Direito Civil já abarca a ideia de se punir não só pelo dano causado, mas também quando não há dano, mas as circunstâncias engendradas geraram riscos.

Rafael Federici<sup>30</sup> ainda completa o entendimento ao declarar:

A nova lei possui alcance amplo e os seus efeitos podem atingir quaisquer espécies de sociedade, incluindo as sociedades estrangeiras e as sociedades não personificadas, como as informais. Da mesma forma, seus efeitos podem atingir as pessoas naturais autoras, coautoras ou partícipes do ato ilícito, ainda que não ocupem cargos de administração na pessoa jurídica envolvida.

Neste liame, a Lei Anticorrupção veio também para complementar a Lei de Sociedades Anônimas e fechar o cerco aos administradores que usam ou pretendem usar a sociedade empresária, não só para fraudar sócios, terceiros ou o mercado, mas também para enquadrar e punir, aqueles agentes que fomentam a corrupção, na medida em que não só pune a empresa, como também alcança o administrador que deu causa ao ato de corrupção.

Federici<sup>31</sup> destaca que, ainda que restrita às pessoas jurídicas, a fixação da responsabilidade objetiva implica um ponto de extrema atenção, uma vez que as empresas não podem controlar todos os seus empregados o tempo inteiro. Haja vista que a lei não exige a necessidade de prova de culpa da pessoa jurídica, a empresa será responsabilizada ainda que não tenha concordado, autorizado ou tenha tido ciência prévia do ato ilícito praticado por um gestor ou empregado.

Em seu entendimento, Federici esclarece que a responsabilização possa chegar até a controladora, sendo que está poderá, assim como a empresa que

<sup>30</sup> FEDERICI, Rafael. **A Lei Anticorrupção Brasileira**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16, MI195182,71043-A+lei+anticorruptcao+brasileira>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

<sup>31</sup> FEDERICI, Rafael. **A Lei Anticorrupção Brasileira**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16, MI195182,71043-A+lei+anticorruptcao+brasileira>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

incorporar empresa com este tipo de pendência, ficara a responsabilização adstrita ao valor da aquisição, vejamos:

[...] a limitação de responsabilidade que a lei cria para certas operações societárias, ao estabelecer no artigo 4º, §1º que nas hipóteses de fusão e incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta lei decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da data da fusão ou incorporação, exceto no caso de simulação ou evidente intuito de fraude, evidentemente comprovados. Portanto, é possível concluir que a lei limitou a responsabilidade da sucessora com vistas a não interferir demasiadamente na dinâmica econômico-empresarial. Não fosse isso, os efeitos da lei poderiam provocar um refreamento dos movimentos societários naturais de um mundo globalizado e disputado pelos grupos econômicos consolidados.

[...]

Ainda como exemplo de seu alcance amplo, o §2º do mesmo artigo 4º estabelece a responsabilidade solidária das sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas pela prática de atos ilícitos previstos na lei anticorrupção. Para esta situação, o texto legal também limita a responsabilidade ao pagamento de multa e reparação integral do dano causado, porém não limita a reparação integral do dano ao valor do patrimônio transferido, tal como consta no artigo transcrito acima.

Por fim, entendemos que, A lei das Sociedades Anônimas e a Lei Anticorrupção, juntas, dão maior segurança e maior grau de previsibilidade, até mesmo para o caso de responsabilização, dos administradores, explicitando a forma de como deverão ou não agir, para não só garantir a segurança jurídica do mercado perante a acionistas e aspirantes a tal, mas também em garantir punição com rigor, porém, um rigor moderado e modelado o suficiente para não interferir nas práticas do mercado, e dar previsibilidade a responsabilização solidária pelos atos ilegais praticados por maus gestores privados

## 5. CONCLUSÃO

A motivação deste artigo foi a observação da recente Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76) suas peculiaridades e aplicações, em especial, a responsabilidade dos administradores das S/A's, as responsabilidades, deveres,

privilégios e responsabilização solidária quando do descumprimento desses deveres.

Através de um estudo sobre sua evolução das sociedades anônimas no mundo, e seu reflexo no Brasil, motivando inovações em nossa legislação, para se adequar a práticas do mercado, e cumprir o papel do direito, ao trazer segurança jurídica e grau de previsibilidade aos que compõem este tipo de empreendimento, a despeito do risco inerente do negócio.

Demonstrou-se a ideia da regra geral de que os administradores são isentos de responsabilidade objetiva por atos praticado pela empresa, já que este, enquanto em cargo diretivo, se tornam meramente a personificação ou encarnação da sociedade, transformando todas os seus atos diretivos, atos da sociedade empresária.

Entretanto, através de exemplos, se demonstrou como decorre a responsabilização dos administradores, em quais casos, quem propõe e qual os polos, delimitando o nível de responsabilização de acordo com a legislação especial, além de diferenciar a responsabilidade civil dos administradores, do abuso de poder de controle.

Buscou-se explorar ainda, a correlação entre a Lei de Anticorrupção nos artigos 3 e 4, e o artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas, que vigia sobre os atos ilegais e eventuais punições as empresas por ilícitos cíveis e administrativos, com possibilidade, assim como na LSA artigo 158, a responsabilização do administrador por ato lesivo a empresa ou por ato que coloca a mesma em risco de contrariar a Lei Anticorrupção.

Por fim, se entendeu haver uma relação de proximidade e finalidade entre as leis, de garantir que o administrador desempenhe suas funções que lhe são outorgadas por lei de forma satisfatório, com grau de previsibilidade, e, em caso de descumprimento, desvio ou qualquer atitude que contrarie lei ou estatuto da empresa, ou ainda cometa ilícito civil ou administrativo junto a órgão públicos, seja a pessoa do administrador punido pelo dano ou possibilidade dano a sociedade e ao erário, sendo, portanto, responsabilizado solidariamente.

## 6. REFERÊNCIAS

ALVES, Laerte Meyer de Castro. **Responsabilidade civil dos administradores das sociedades anônimas**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18209/responsabilidade-dos-administradores-de-sociedade-anonima/2>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

BRASIL. **Apelação nº 0119301-59.2005.8.26.0100 do TJSP**. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/search.do?conversationId=&paginaConsulta=1&localPesquisa.cdLocal=-1&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0119301-59.2005&foroNumeroUnificado=0100&dePesquisaNuUnificado=0119301-59.2005.8.26.0100&dePesquisaNuAntigo=>>>. Acesso em: 23 mar. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11499248/artigo-154-da-lei-n-6404-de-15-de-dezembro-de-1976#>>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei das Sociedades Anônimas**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/topicos/11499295/artigo-153-da-lei-n-6404-de-15-de-dezembro-de-1976#>>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Recurso Especial nº 1504850**. Disponível em: <[http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201888203/recurso=-especial-resp1504850--es2014-0205017-0-?ref-topic\\_feed#>](http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/201888203/recurso=-especial-resp1504850--es2014-0205017-0-?ref-topic_feed#>)>. Acesso em: 23 abr. 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários a Lei de Sociedades Anônimas**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 3.

CHAGAS, Edilson Enedino. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito comercial: direito de empresas**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2013/4660**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/noticias/arquivos/2015/20150701-3.html#>>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

FAZZIO Junior, Waldo. **Manual de direito comercial**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FEDERICI, Rafael. **A Lei Anticorrupção Brasileira**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI195182,71043-A+lei+anticorruptao+brasileira#>>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

FERREIRA, Jessica. **O abuso de poder de controle do acionista controlador da Sociedade Anônima**. Disponível em: <[https://jus.com.br/artigos/36969/o-abuso-de-poder-de-controle-do-acionista-controlador-da-sociedade-anonima#\\_ftn2#>](https://jus.com.br/artigos/36969/o-abuso-de-poder-de-controle-do-acionista-controlador-da-sociedade-anonima#_ftn2#>)>. Acesso em: 26 abr. 2016.

LOPES, Kayo Vinycius Lacerda. **Responsabilidade do administrador da sociedade anônima**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/26944/responsabilidade-do-administrador-da-sociedade-anonima>>. Acesso em: 16 abr. 2016.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedade simples e empresariais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 2.

PETRELLUZZI, Marco Vinicio. **Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PROENÇA, Fabriccio Quixadá Steindorfer. **Sociedade anônima: aspectos gerais**. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14194&revista\\_caderno=8](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14194&revista_caderno=8)>. Acesso em: 17 abr. 2016.

SOUSA, Elyn Bastos de. **Sociedade anônima**. Disponível em: <<http://www.ebah.com.br/content/ABAAAexXgAE/sociedade-anonima>> Acesso em: 15 abr. 2016.

# DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CASO SAMARCO

Igor Lara Sampaio<sup>32</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A origem e a definição da desconsideração da personalidade jurídica. 3. Desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro. 4. Caso SAMARCO. 5. Desconsideração da personalidade jurídica em relação ao dano ambiental. 6. Conclusão.

## RESUMO

O presente artigo, na linha do Direito Empresarial relacionado com o Direito ambiental, visa realizar uma análise sobre a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, em relação a tragédia ocorrida no município de Mariana-MG, abarcando possíveis sanções caso os acordos firmados não sejam cumpridos.

**Palavras-chaves:** DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DANO AMBIENTAL. DIREITO EMPRESARIAL.

## ABSTRACT

The present article, on the business law assignment related with the environmental law, seems to realize one analysis of the theory of the disregarding of the corporate veil, in relation of the tragedy that occurred on the limits of Mariana-MG, covering possible sanctions if the signed agreements are not accomplished.

**Keywords:** DISREGARD OF THE CORPORATE VEIL. ENVIRONMENTAL TRAGEDY. BUSINESS LAW.

---

<sup>32</sup> Advogado militante na área de direito empresarial, Civil e Constitucional, Aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

## 1. INTRODUÇÃO

Com o intuito de elucidar as questões atinentes a tragédia do municíio de Mariana- Minas Gerais, com relação as multas aplicadas a empresa SAMARCO S/A, e o dano ambiental ocorrido. O presente estudo visa demonstrar, uma possível desconsideração da personalidade jurídica da empresa, onde seriam atingidos os bens dos sócios, no caso, a empresa brasileira VALE e a empresa anglo-australiana BHP BILLITON.

Perpassando pela origem mundial do instituto da desconsideração da personalidade jurídica, pela forma como a legislação brasileira aborda o assunto, o caso da tragédia do município de mariana, a desconsideração em relação ao dano ambiental e uma breve conclusão sobre o estudo.

## 2. A ORIGEM E A DEFINIÇÃO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, não é uma criação brasileira, suas origens vêm de muito antes, datando-se de 1897 nas cortes inglesas onde houve o julgamento do *leading case* “*Salomon vs. Salomon e Co.*”. O juiz entendendo que a sociedade formada por Aron Salomon só serviu para acobertar o seu patrimônio de possíveis ressarcimentos ou melhor um truste. Contudo, em um recurso, a *House of Lords* (semelhante a suprema corte americana) reformou a decisão por ser muito apegada ao formalismo dos termos legais, tendo em vista que a companhia tinha sido constituída como determina a lei britânica.

Aron Salomon, comerciante, constituiu uma empresa (company) junto com outros seis membros de sua família, e cedeu o seu fundo de comercio à companhia, dela recebendo 20.000 ações representativas de sua concessão, enquanto para cada um dos outros componentes destinou-se somente uma ação; para integração do valor da contribuição efetuada, Salomon recebe também obrigação garantida de hipoteca (mortgage) por 10.000 libras esterlinas. A companhia quase imediatamente começou a ver-se em dificuldade, e um ano depois, colocada em liquidação, resultou que os seus bens eram insuficientes para satisfazer as obrigações garantidas, sem que algo sobrasse para os credores não garantidos. O liquidante, no interesse destes últimos, sus-



tentou que a atividade da companhia era ainda a atividade de Salomon, enquanto a companhia era simplesmente um escudo ereto da atividade de Salomon para limitar a própria responsabilidade: de consequência Salomon devia ser condenado ao pagamento dos débitos da companhia, vindo a satisfação de suas pretensões creditórias depois da satisfação dos demais credores da companhia. Tanto o juiz de 1º grau como a Corte de Apelação acolheram tal pedido, julgando que a companhia fosse exatamente uma fiduciária de Salomon (*nominee*), ou melhor um *agent* ou *trustee* de Salomon, que permanecia o efetivo proprietário do negócio. Mas a *House of Lords*, bastante apegada aos formalismos legais, unanimemente reformou a decisão julgando que a companhia havia sido validamente constituída, como determina as leis britânicas<sup>33</sup>

O caso de Salomon, foi um caso instaurador para a mudança de pensamento sobre a personalidade jurídica. Contudo, não foi um fenômeno local e sim mundial como podemos ver no *leading case* norte americano, *Bank of the United States v. Deveneaux*. Onde se desconsiderou a unicidade da instituição para dirimir quem teria a competência para julgar o caso, visto que a constituição americana compete ao judiciário federal resolver lides entre pessoas de estados diferentes.

Discutiu-se nesta ocasião, sobre a incidência de um dispositivo da Constituição norte-americana que diz que o Poder Judiciário Federal terá jurisdição, entre outros casos, naqueles onde esteja em discussão uma questão pendente entre cidadãos de Estados diferentes (art. 111, secção II). Colocada a questão para se saber se o Banco deveria ser visto como sendo “cidadão” do Estado onde havia sido criado, Marshall recusou-se a reconhecer a “cidadania” do Banco, mas disse que, para os efeitos de fixação de competência o elemento de conexão seria a cidadania estadual dos indivíduos que compusessem a sociedade, no caso diferente da do réu, fixando-se a competência federal.<sup>34</sup>

O juiz Marshall entendeu que, para preservar a competência da jurisdição federal, deveria verificar na formação societária da instituição a origem dos seus sócios, para assim manter a competência na esfera federal. Visto que, os sócios, da sociedade empresaria eram de diferentes estados, competia então a jurisdição federal julgar a lide.

<sup>33</sup> KONDO, Jonas Keiti, apud. GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 9-10.

<sup>34</sup> CASILLO, João, apud. GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 12.

O direito alemão, veio para contribuir com a tese de desconsideração a título de reparação, tese esta que veio dos estudos do alemão Rolf Serick. Para chegar a tal tese, Serick teve de analisar os casos decididos pelas cortes americanas, desenvolvendo quatro princípios fundamentais para a desconsideração da personalidade jurídica.

O primeiro deles reza que a pessoa moral e seus membros são entidade diversas, devendo ser devidamente separadas. Porém, tal distinção pode ser superada nos casos em que, intencionalmente, ocorrer fraude à lei (ou a obrigações contratuais) e danos a terceiros.

O segundo princípio diz que só se pode desconhecer a autonomia da pessoa moral se disso depender a concretização das finalidades de uma lei notadamente fundamental. Nota-se também aqui a presença da fórmula subjetiva, pois os critérios para aferir a fundamentalidade de uma norma são, a nosso ver, inegavelmente subjetivos.

Pelo terceiro princípio, Serick afirma que as normas destinadas precipuamente às pessoas humanas podem ser aplicadas às pessoas morais desde que não contrariem as finalidades desta. Para tanto seria necessário, em alguns casos, levar em conta as pessoas humanas que agem pela pessoa jurídica.

O quarto princípio diz respeito à possibilidade de se desconsiderar a autonomia da pessoa jurídica quando se verificar que há identidade entre os sujeitos, ou seja, quando a forma da pessoa moral ocultar o fato de que as duas partes em um negócio jurídico são um mesmo sujeito<sup>35</sup>.

Assim, os quatro Princípios de desconsideração da personalidade jurídica de Serick geraram, os primeiros princípios para uma análise da desconsideração da personalidade jurídica alemã. Contudo, no direito alemão, a desconsideração é a exceção à regra, devendo prevalecer a independência da pessoa jurídica em relação a pessoa física.

O direito francês também contribuiu para aprimorar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica. Segundo os estudos de Lamartine Corrêa, com base numa análise dos artigos 99 e 101 da Lei francesa de 13.07.1967, o direito francês passou a desconsiderar a personalidade jurídica e atingir os bens dos dirigentes da pessoa jurídica falida ou em concordata (teoria dos atos de comercio).

<sup>35</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, apud. GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 15-16.

a) o art. 101 da Lei de 13 de julho de 1967, que permite seja atingido – através de extensão dos efeitos da falência ou da concordata – o patrimônio pessoal do dirigente de direito ou de fato, aparente ou oculto, remunerado ou não, da pessoa jurídica falida ou em concordata, quando tal dirigente haja, sob a cobertura da pessoa jurídica, utilizada para mascarar sua ação, praticado atos de comércio em seu interesse pessoal (I), ou disposto dos bens sociais como próprios (II), ou prosseguido de modo abusivo, em seu interesse pessoal, atividade deficitária da pessoa jurídica, que só podia conduzir à cessação de pagamentos (III); b) o art. 99 da mesma lei, que, em caso de falência ou concordata da pessoa jurídica em que surja insuficiência de ativo, permite ao juiz, a requerimento do síndico, ou de ofício, determinar que as dívidas sociais serão suportadas, em todo ou em parte, solidariamente ou não, por todos os dirigentes sociais, de direito ou de fato, aparentes ou ocultos, remunerados ou não, ou por alguns dentre eles.<sup>36</sup>

No direito italiano a pessoa jurídica recebeu um tratamento diferenciado pela doutrina (teoria da empresa) e, logicamente, a desconsideração também foi abarcada. O “superamento”, como é chamado a desconsideração, visa evitar que os interesses de terceiros ou do estado, sejam prejudicados pelo uso do instituto da pessoa jurídica.

Nesse sentido, Pierro Verrucoli sintetiza em cinco hipóteses:

1) das relações de interesses do Estado de natureza tributária, ou acentuadamente política, como no caso da especificação da nacionalidade das sociedades etc.; 2) das repressões de fraude à lei; 3) das repressões de fraudes contratuais; 4) da realização dos interesses de terceiros quando não recorrem aos extremos da fraude anterior ao momento inicial da operação (constituição de sociedade ou estipulação de contrato etc.); 5) da realização do interesse dos sócios *uti singuli*.<sup>37</sup>

O direito italiano contribuiu para o estudo da desconsideração, visto que passou a caracterizar a personalidade da pessoa jurídica, como um privilegio concedido pelo Estado aos membros componentes. Este privilegio visa garantir integridade patrimonial dos sócios, entre tanto se vislumbrada fraudes ou atos em desconformidade da lei, este privilegio poderia ser revogado.

<sup>36</sup> OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa, apud. GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 17.

<sup>37</sup> CASILLO, João, apud. GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 19-20.

Finalizando essa breve contextualização histórica e mundial, com relação a desconsideração da personalidade jurídica, e as contribuições de cada país, passa-se a analisar o direito brasileiro. Como a desconsideração da personalidade jurídica é um instituto que foi desenvolvido fora do Brasil, é necessário a análise de como a legislação o abarcou.

### **3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO**

O direito brasileiro atribui personalidade às pessoas naturais (seres humanos) e às pessoas jurídicas (agrupamento de pessoas). A referida personalidade advém da ideia de personalizar os atores sociais capazes de relações jurídicas, imputando a eles capacidade de direitos e deveres.

Ser pessoa é ser capaz de direitos e deveres. Ser pessoa jurídica é ser capaz de direitos e deveres, separadamente; isto é, distinguidos o seu patrimônio e os patrimônios dos que a compõem, ou dirigem. Se há direito da entidade, entidade, antes de ser pessoa jurídica à personificação, depende do direito positivo, em toda a sua escala (direito das gentes, direito constitucional estatal, direito administrativo, direito privado). No direito brasileiro, a pessoa jurídica é capaz de todos os direitos, salvo está visto, aqueles resultam de fatos jurídicos em cujo suporte fático há elemento que ela não pode satisfazer (e.q., ser parente, para suceder legitimamente, ou ter pretensão alimentícia).<sup>38</sup>

A personalidade jurídica é de fundamental importância na economia nacional, tendo em vista que, com isto pode-se preservar e diferenciar o patrimônio empresarial e o pessoal dos sócios. Pois visa estimular o investimento nas empresas, mediante a garantia da inviolabilidade patrimonial dos sócios e dos investidores.

A desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro tem como fundamento, a desconstrução de um dos alicerces do direito empresarial, a superação da autonomia patrimonial e sua inviolabilidade.

<sup>38</sup> MIRANDA, Francisco C. Pontes de. apud. KOHLER, Graziela de Oliveira. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade civil ambiental. **Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha**, Caxias do Sul, v. 6, n. 11, p. 130, jan/jun. 2012.

Princípio da autonomia patrimonial, alicerce do direito societário. Sua importância para o desenvolvimento de atividades econômicas, da produção e circulação de bens e serviços, é fundamental, na medida em que limita a possibilidade de perdas nos investimentos mais arriscados. A partir da afirmação do postulado jurídico de que o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade, motivaram-se investidores e empreendedores a aplicar dinheiro em atividades econômicas de maior envergadura de risco. Se não existisse o princípio da separação patrimonial, os insucessos na exploração da empresa poderiam significar a perda de todos os bens particulares dos sócios, amealhados ao longo do trabalho de uma vida ou mesmo de gerações, e, nesse quadro, menos pessoas se sentiriam estimuladas a desenvolver novas atividades empresariais<sup>39</sup>

Conforme a citação, em virtude de fraudes, ilicitudes ou abuso de direito, por parte dos sócios da sociedade empresaria, é possível ultrapassar o princípio da autonomia patrimonial.

Entretanto, pessoas ardilosas acabam utilizando este princípio de maneira ilegal ou fraudulenta para se beneficiar em detrimento de outrem, muitas vezes manipulam a constituição das sociedades empresariais, manobram reestruturações societárias utilizando-se das premissas da fusão, cisão ou incorporação, com intuito de frustrar direitos de credores ou de terceiros. Na maioria das vezes são manobras de alto nível, mas que de qualquer sorte acarretam a fraude e a ilicitude, o que enseja a relativização da autonomia patrimonial através da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.<sup>40</sup>

No direito positivado brasileiro, há algumas formas estabelecidas de desconsideração da personalidade jurídica. A primeira legislação a falar sobre foi o Código de defesa do consumidor que em seu artigo 28 dispõem:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

<sup>39</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 15-16.

<sup>40</sup> KOHLER, Graziela de Oliveira. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade civil ambiental. **Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha**, Caxias do Sul, v. 6, n. 11, p. 130, jan/jun. 2012.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.<sup>41</sup>

Em seguida veio a legislação antitruste Lei 8.884/94, que posteriormente foi revogada pela Lei 12.529/11, que mantinha a hipótese da desconsideração da personalidade jurídica em seu artigo 34:

Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetiva quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.<sup>42</sup>

Posteriormente, veio a Lei 9.605/98 com o intuito de dirimir sobre o assunto em relação ao dano ambiental, onde o legislador, possibilitou a desconsideração em seu artigo 4º:

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.<sup>43</sup>

Em 2002 o Código civil também abarcou sobre o tema da desconsideração em seu artigo 50:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.<sup>44</sup>

Contudo, por ser um assunto complexo, ganhou um capítulo específico sobre a incidência da desconsideração da personalidade jurídica no Código Civil de 2015:

<sup>41</sup> BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>42</sup> BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>43</sup> BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>44</sup> BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 27 de abr. 2016.

## CAPÍTULO IV

## DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.”<sup>45</sup>

A desconsideração da personalidade jurídica no Brasil se aplica, quando houver abuso de direito, excesso de poder, infração a lei, fato ou ato ilícito ou violação de estatutos ou contrato social, além de haver possíveis desconsiderações quando ocorrer falência. Não obstante, existe a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em relação ao dano ambiental. Nesse sentido o presente artigo pretende se manter na desconsideração da personalidade jurídica em relação ao ressarcimento do dano ambiental, e para que haja uma melhor compreensão do dano ocorrido, passa-se ao relato da tragédia em Mariana.

<sup>45</sup> BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

## 4. CASO SAMARCO

Cabe antes de adentrarmos no caso em si, é necessário a conceituação da empresa SAMARCO S/A, empresa do ramo de mineração fundada em 1977, cuja as sócias são a empresa nacional VALE S/A e a empresa anglo-australiana BHP BILLITON, ambas empresas multibilionárias e do ramo de mineração.

O caso SAMARCO S/A se deu devido a um rompimento de duas barragens, a barragem do Fundão e a barragem de Santarém. Barragens estas que continham lama proveniente da extração de minério de ferro.

O rompimento supracitado ocorreu no dia 5 de novembro de 2015, onde vazou 50 milhões de metros cúbicos de lama, o suficiente para preencher 20 mil piscinas olímpicas. O principal município afetado foi o de Mariana-MG, mais especificamente o de Bento Rodrigues. Entre tanto, a tragédia não se limitou a este município, pois, a lama que dali vazou chegou a um dos principais rios do estado de Minas Gerais, o rio Doce.

A lama que chegou ao rio Doce, se espalhou por todo o seu leito, alcançando o estado do Espírito Santo e posteriormente chegando na costa brasileira, assim acarretando o despejo de milhões de toneladas de rejeitos de mineração no mar.

Foi tomado pela lama que saiu das barragens e ficou devastado. A avalanche destruiu a maioria dos imóveis. **Mais de 600 pessoas ficaram desabrigadas e foram resgatadas** pelo Corpo de Bombeiros. **Eles abandonaram as casas e fugiram para partes altas do distrito, mas afirmaram que nenhum sinal de alerta foi emitido.** A Samarco admitiu que avisou moradores somente por telefone. Ainda assim **na lista havia apenas telefones públicos, nenhum de morador, e muitos desatualizados.** O governo federal liberou o saque do FGTS aos atingidos pelo desastre. [...] Seis localidades de Mariana, além de Bento Rodrigues, foram atingidas. O detrito das barragens tomou conta, por exemplo, do rio Gualaxo **e chegou ao município de Barra Longa**, a 60 km de Mariana e a 215 km de Belo Horizonte. Como **a lama também chegou ao rio Doce**, o abastecimento de água foi interrompido em municípios mineiros como Governador Valadares e em municípios do **Espírito Santo**.<sup>46</sup>

<sup>46</sup> UOL. **O que se sabe sobre o rompimento das barragens em Mariana-MG.** 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/06/o-que-se-sabe-sobre-o-rompimento-das-barragens-em-mariana-mg.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2016.



Como se não bastasse o dano ambiental, o rompimento das barragens ocasionou a morte de 16 pessoas. Não obstante, observou-se que os sistemas de aviso de rompimento de barragem não eram eficazes, pois, além de estar desatualizado, não continha os números dos moradores da região a serem avisados. Os representantes da SAMARCO entraram em acordo com os familiares das vítimas, em relação a uma antecipação de indenização.

“Uma audiência de conciliação na ação civil pública movida pelo Ministério Público contra as empresas Samarco, Vale e BHP terminou com um acordo parcial, nesta quarta-feira (23) no fórum de Mariana, na Região Central de Minas Gerais. Entre os acertos, está o pagamento imediato de R\$ 100 mil a cada uma das famílias que perdeu parente na tragédia ou tem ente desaparecido como antecipação de indenização.”<sup>47</sup>

Devido a lama ser proveniente de resíduos de mineração, os pescadores do rio Doce ficaram prejudicados com a situação. Nesse sentido a SAMARCO alegou que os resíduos do rompimento não contaminaram espécies de peixes habitantes do rio Doce.

A Samarco também concluiu a segunda expedição ao longo do Rio Doce. O resultado da pesquisa feita pela empresa apontou a presença de peixes no leito do rio e não identificou alterações nos parâmetros do ambiente marinho. Ainda segundo a empresa, a quantidade de metais encontrada nos peixes do Rio Doce é a mesma de antes do rompimento da barragem.”<sup>48</sup>

“Os monitoramentos feitos pela Samarco ao longo do Rio Doce apontam que há alterações na qualidade do pescado, com a contaminação por alguns tipos de metais, como o arsênio. Mas a empresa garante que ela é natural, já que a região no entorno da foz possui um nível mais elevado deste tipo de metal. E mais, que eles não possuem nenhuma ligação com os rejeitos oriundos do desastre. *(Atualização: Nesta quarta-feira, a Samarco procurou a reportagem e negou que tenha dito que a contaminação dos peixes com metais é natural. Em resumo, disse que alguns elementos químicos encontrados próximos da Foz do Rio Doce*

<sup>47</sup> G1. **SAMARCO se compromete antecipar indenizações atingidos de Mariana**. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2015/12/samarco-se-compromete-antecipar-indenizacoes-atingidos-de-mariana.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>48</sup> G1. **SAMARCO mostra estudo que diz que os peixes não estão contaminados**. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/04/samarco-mostra-estudo-que-diz-que-os-peixes-nao-estao-contaminados.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

*existem em níveis elevados naturalmente, mas não que seja natural que os peixes sejam contaminados. Atualizado às 17h52).*

Os laudos da mineradora apontam resultados diferentes de outro relatório, do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), divulgado nesta segunda-feira. Nele pescado e camarões apresentam elevados níveis de contaminação por metais tóxicos. O roncador, por exemplo, chega a ter arsênio em níveis 140 vezes superior ao limite permitido.”<sup>49</sup>

Em contrapartida, um monitoramento feito pela marinha, no litoral afetado pela lama oriunda do rompimento das barragens, verificou-se o contrário. Vejamos:

Quatro metais pesados em alta concentração foram encontrados na área da foz do Rio Doce, no Norte do Espírito Santo, segundo o relatório produzido pela Marinha do Brasil. O resultado da pesquisa, que ficou sob sigilo durante três meses, foi liberado nesta terça-feira (19) pelo Ibama. O relatório se baseia nas amostras coletadas pelo navio Vital de Oliveira, em novembro de 2015, após o rompimento depois do rompimento da barragem da Mineradora Samarco...<sup>50</sup>

Relatório feito pela marinha, mostra os altos índices de metais pesados contidos na lama proveniente do rompimento:

No relatório, que ficou em sigilo durante três meses, o manganês apresentou concentração duas mil vezes maior que o limite estabelecido pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama). A concentração de chumbo estava 19 vezes maior que o estabelecido. Já a de selênio, estava 17 vezes maior que o aceito.

A professora de análise ambiental Sigrid Costa disse que os metais apontados pelos relatórios podem se acumular nos animais e, se ingeridos, podem transferir a contaminação ao ser humano. “Para o ecossistema é um prejuízo muito grande, porque essas substancias são consideradas metais pesados que se acumulam no ecossistema, e elas se acumu-

<sup>49</sup> G1. **SAMARCO diz que contaminação de peixes com metais é natural**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espirito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2016/03/samarco-diz-que-contaminacao-de-peixes-com-metais-e-natural.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>50</sup> G1. **Relatório da marinha indica presença de metias na foz do rio Doce**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espirito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2016/04/relatorio-da-marinha-indica-presenca-de-metais-na-foz-do-rio-doce.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

lam no nosso corpo, elas não são metabolizadas e nós não conseguimos expulsar ele. Então ela vai bioacumulando na vida marinha através da cadeia alimentar e quando chega no peixe maior, que é o que a gente consome, gera uma grande quantidade desses metais no nosso corpo”, explicou.”

Devido a proporção do acontecimento, o dano ambiental não foi reparado, em razão da SAMARCO atrasar a entrega do relatório “Dam Break” e recorrer das sanções aplicadas.

A Samarco, cujas donas são a Vale a anglo-australiana BHP Billiton, informou que protocolou junto à Justiça, nesta quarta-feira (27), a versão definitiva do “dam break” – plano hipotético em caso de ruptura das barragens de rejeitos de minério Germano e Santarém, em Mariana, na Região Central de Minas Gerais. O documento entregue anteriormente, no dia 12 de janeiro, era uma versão preliminar.

A Samarco também informou que a elaboração de um novo plano de procedimento de resposta à emergência está em fase de contratação de uma empresa especializada.

No dia 15 de janeiro, o Ministério Público de Minas Gerais (MPMG) apresentou à Justiça um pedido para aumentar o valor da multa aplicada à Samarco por atraso na entrega. A intenção do MPMG era que a multa fixada em R\$ 1 milhão por dia passasse para o valor diário de R\$ 5 milhões.<sup>51</sup>

Visando não prejudicar mais a empresa, a justiça concedeu prorrogação do prazo para entrega do “Dam Break” solicitada pela SAMARCO. Contudo, o COPAM (Conselho de políticas ambientais de Minas Gerias) aplicou uma multa de R\$ 112 milhões de reais em razão do dano ambiental, cabendo a SAMARCO recorrer da multa ainda. Entretanto o IBAMA (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis) já aplicou 5 autos de infração contra a SAMARCO de R\$ 50 milhões cada, totalizando R\$ 250 milhões em multas, além de outras multas que a SAMARCO vem acumulando em razão da tragédia.

O Conselho de Política Ambiental de Minas Gerais (COPAM) confirmou nesta terça-feira (19) uma multa de R\$ 112 milhões contra a Mineradora Samarco, cujas donas são a Vale e a BHP Billiton, pelos danos causados pelo rompimento da Barragem de Fundão, em Mariana, em novembro do ano passado.

A mineradora tem prazo de vinte dias para apresentar re-

<sup>51</sup> G1. **Estudo final em caso de rompimento de barragens é entregue diz SAMARCO**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/01/estudo-final-em-caso-de-rompimento-de-barragens-e-entregue-diz-samarco.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

curso à Câmara Normativa do Copam. Se o recurso for negado, a Secretaria de Estado de Meio Ambiente vai exigir o pagamento da multa que poderá ser feito em até 72 parcelas. A Samarco ainda também pode recorrer à justiça para contestar a multa. A empresa informou que não vai comentar a decisão.

Esta multa já havia sido determinada no dia 19 de novembro, mas a mineradora teve a chance de apresentar defesa.

#### **Outras multas**

- Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) aplicou cinco multas à Samarco que, somadas, totalizam R\$ 250 milhões. Elas foram emitidas no dia 11 de novembro.

- Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (Iema) do Espírito Santo em âmbito administrativo aplicou três multas. Duas delas somam R\$ 450 mil e foram emitidas no dia 8 de novembro. A terceira multa era diária no valor de R\$ 50 mil e foi determinada no dia 20 de novembro.

- Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (Semad) aplicou 18 multas que somam mais de R\$ 68,6 milhões nos dias 9 e 15 de março por descumprimentos de solicitações e prazos estabelecidos pela Semad, além do prejuízo e dano ambiental causado pelo rompimento da barragem.”<sup>52</sup>

Tendo em vista o presente caso e sua magnitude, passamos a analisar a possível desconsideração da personalidade jurídica da empresa SAMARCO, mediante o dano ambiental, caso venha a descumprir os acordos judiciais para ressarcimento nas esferas administrativas, penais e civis.

## **5. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM RELAÇÃO AO DANO AMBIENTAL**

Em geral, no que tange a reparação do dano no direito brasileiro, é necessária uma análise da culpabilidade, para se determinar de uma maneira mais justa as sanções punitivas. No entanto no caso de dano ambiental a legislação brasileira trata de formar objetiva o dano.

No caso da empresa SAMARCO, não foi comprovado de que o ocorrido

<sup>52</sup> G1. COPAM confirma multa de mais de R\$ 100 milhões contra SAMARCO. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/04/copam-confirma-multa-de-mais-de-r-100-milhoes-contrasamarco.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

foi um ato culposo ou doloso, porém, no que tange a responsabilidade objetiva em relação ao dano ambiental, incide o princípio do poluidor pagador e a teoria do risco integral, onde há responsabilidade objetiva aplicada ao dano ambiental. Visto isto, a Constituição federal, em razão do dano ambiental autoriza a tríplice responsabilidade, ou seja, administrativa, penal e civil como é visto em seu artigo 225, § 3º:

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.<sup>53</sup>

Neste sentido, o princípio do poluidor pagador, acarreta ao poluidor suportar todos os custos referentes ao dano ambiental, com o intuito de reparar a degradação. Existem duas formas de reparação: a reparação natural ou o retorno do *status quo ante*, e a indenização em dinheiro.

Em face do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade objetiva aplicada ao dano ambiental, a legislação vigente impõe àquele que degradar o meio ambiente a obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados. Assim, como aponta Êdis Milaré, há duas formas principais de reparação ao dano ambiental: (i) a recuperação natural ou o retorno ao *status quo ante*; e (ii) indenização em dinheiro.<sup>54</sup>

Por tanto, o não cumprimento das medidas necessárias para reparação ao dano ambiental, implicam a incidência do artigo 14, § 1º, da Lei 6.938/81

Art 14 Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> BRASIL. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

<sup>54</sup> MILARÉ, Êdis, apud. KOHLER, Graziela de Oliveira. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade civil ambiental. **Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaúcha**, Caxias do Sul, v. 6, n. 11, p. 130, jan/jun. 2012.

<sup>55</sup> BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

Com a expressa previsão constitucional (art. 225, § 3º, da CF) e legal (art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/1981), sendo, por conseguinte, inexigível o pleito de excludentes de responsabilidade. Basta-se, para tanto, o resultado prejudicial ao homem e ao ambiente proveniente de uma ação ou omissão do responsável.

Como pode ser visto no voto do Ministro Luís Felipe Salomão:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA. AGRAVO RETIDO. ROMPIMENTO DE BARRAGEM DE DEJETOS DE MINERAÇÃO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. JUNTADA DE DOCUMENTO DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE FORÇA MAIOR. DANOS MORAIS PRESUMIDOS POR AQUELE QUE SE VIU AFASTADO DA SUA RESIDÊNCIA. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. 1) Não tendo a parte requerido, nas razões recursais, a apreciação do primeiro agravo retido, não se conhece do recurso, nos termos do art. 523, § 1º, do CPC. 2) De acordo com o entendimento jurisprudencial do STJ, é possível a juntada de documentos durante a instrução da lide, desde que observado o contraditório. 3) É objetiva a responsabilidade das empresas que realizam atividade tipicamente de risco, sendo imprescindível que atue com máxima cautela para assegurar um desenvolvimento regular de seu empreendimento (inteligência do art. 927, parágrafo único, do CC). 4) A ocorrência de grande quantidade de chuva nos meses de dezembro e janeiro não se trata de fato imprevisível, devendo a Mineradora responder pelos danos advindos e potencializados pelo rompimento de barragem de dejetos que vêm a causar a destruição de imóveis. 5) Os danos morais são presumidos se a pessoa se vê afastada de seu lar, ficando à própria sorte e na dependência da solidariedade de terceiros e da atuação estatal. 6) A dosagem da indenização por danos morais obedece ao critério do arbitramento judicial, norteado pelos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, observando-se o caráter compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor.”<sup>56</sup>

Neste sentido, é factível a responsabilidade objetiva da empresa, contudo as multas aplicadas à SAMARCO estão ampliando e se acumulando. Segundo estipulasse as sanções, estão avaliadas em R\$ 4,4 bilhões de reais, podendo chegar ao patamar de R\$ 20 bilhões de reais, tendo a SAMARCO apenas 3 anos para quita-las.

<sup>56</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp 1.374.284-MG. 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequeencial=39058098&num\\_registro=201201082657&data=20140930&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequeencial=39058098&num_registro=201201082657&data=20140930&tipo=91&formato=PDF)>. Acessado em 27 de abr. 2016.

Caso a SAMARCO não cumpra os acordos firmados de ressarcimento ambiental, poderá ser aplicado a sanção do artigo 4º da Lei 9.605/98, que prevê a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, para o ressarcimento de prejuízo causado ao meio ambiente. Neste sentido atingiria o patrimônio das empresas sócio proprietárias da SAMARCO, no caso, VALE e BHP. Cabe a ressalta que o patrimônio da BHP (por ser uma empresa estrangeira) para ser alcançada, necessita que o processo transite em julgado, para que assim o STJ possa requerer a homologação de sentenças estrangeiras nas cortes australianas.

## 6. CONCLUSÃO

O meio ambiente sendo essencial para a vida humana, se torna premente a sua proteção, neste sentido é imperativo pensar que o bem-estar dos seres humanos está intimamente ligado ao meio ambiente. Contudo, o homem por si só já degrada o meio ambiente, o que dirá as empresas. Sendo necessário um equilíbrio ambiental, para que haja compensação entre os lucros obtidos e os danos causados.

Nessa linha, pode-se sustentar a necessidade das legislações ambientais e a diferenciação entre os sujeitos poluidores, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica busca alcançar.

A responsabilização civil e a desconsideração da personalidade jurídica, tem o intuito de desmotivar possíveis atos lesivos. Nesse sentido caso ocorra algum dano ambiental, que se pudesse superar a personalidade jurídica da sociedade empresaria para reparação ambiental.

Nesse entendimento, é pertinente salientar que a legislação brasileira visa a preservação da autonomia patrimonial, excetuando-se em casos fraudulentos ou de dano ambiental. Isto pois, a legislação ambiental, visa preservar o meio ambiente, fazendo com que pessoas jurídicas e pessoas físicas, tenham consciência da importância dos recursos ambientais ao ser humano. Justamente por isso foi incluído a desconsideração da personalidade jurídica na reparação por danos ambientais sendo, portanto, uma evolução indispensável para o direito brasileiro.

## 7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2.

EBC. **Governos poderão aplicar sanção caso SAMARCO não cumpra acordos por tragédia**. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-03/governos-poderao-aplicar-sancao-caso-samarco-nao-cumpra-acordo-por-tragedia>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

G1. **COPAM confirma multa de mais de R\$100 milhões contra SAMARCO**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/04/copam-confirma-multa-de-mais-de-r-100-milhoes-contrasamarco.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Estudo final em caso de rompimento de barragens é entregue diz SAMARCO**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/01/estudo-final-em-caso-de-rompimento-de-barragens-e-entregue-diz-samarco.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Relatório da marinha indica presença de metais na foz do rio Doce**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espirito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2016/04/relatorio-da-marinha-indica-presenca-de-metais-na-foz-do-rio-doce.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **SAMARCO diz que contaminação de peixes com metais é natural**. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/espirito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2016/03/samarco-diz-que-contaminacao-de-peixes-com-metais-e-natural.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.



\_\_\_\_\_. **SAMARCO mostra estudo que diz que os peixes não estão contaminados.** 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/hora1/noticia/2016/04/samarco-mostra-estudo-que-diz-que-os-peixes-nao-estao-contaminados.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **SAMARCO se compromete antecipar indenizações atingidos de Mariana.** 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2015/12/samarco-se-compromete-antecipar-indenizacoes-atingidos-de-mariana.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

GONÇALVES, Oksandro. **Desconsideração da personalidade jurídica.** Curitiba: Juruá, 2011.

KOHLER, Graziela de Oliveira. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica na responsabilidade civil ambiental. **Revista do Curso de Direito da Faculdade da Serra Gaucha**, Caxias do Sul, v. 6, n. 11, jan/jun. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp 1.374.284-MG.** 2015. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39058098&num\\_registro=201201082657&data=20140930&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=39058098&num_registro=201201082657&data=20140930&tipo=91&formato=PDF)>. Acesso em: 27 abr. 2016.

UOL. **O que se sabe sobre o rompimento das barragens em Mariana-MG.** 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2015/11/06/o-que-se-sabe-sobre-o-rompimento-das-barragens-em-mariana-mg.htm>>. Acesso em: 27 abr. 2016.



# SEGURO GARANTIA: IMPRESINDIBILIDADE DA BOA-FÉ E DO DEVER DE INFORMAÇÃO

Luciana Ximenes<sup>57</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Contrato de seguro. 2.1. Evolução histórica 2.2. Conceito 2.3. Natureza jurídica. 2.4. Elementos. 2.4.1. Sociedade Seguradora. 2.4.2. Segurado 2.4.3. Risco 2.4.4. Prêmio. 2.4.5. Indenização. 2.5. Princípios. 2.5.1. Mutualismo. 2.5.2. Boa-fé. 2.5.3. Função social. 3. Seguro garantia. 3.1. Conceito. 3.2. Legislação e normas. 3.3 Público-alvo. 3.4 Condições contratuais e partes do contrato. 3.5 Dever de informação. 3.6. Modalidades de seguro garantia regulamentados pela SUSEP. 3.6.1. Seguro garantia do executante construtor, executante fornecedor e prestador de serviços (*performance bond*). 3.6.2. Seguro garantia do licitante (*bid bond*). 3.6.3. Seguro garantia de adiantamento de pagamentos (*advanced payment bond*). 3.6.4. Seguro garantia de retenção de pagamentos. 3.6.5. Seguro garantia de adiantamento de pagamentos (*advanced payment bond*). 3.6.6. Seguro garantia de manutenção corretiva ou perfeito funcionamento (*maintenance bond*). 3.6.7. Seguro garantia judicial. 3.6.8. Seguro garantia judicial para execução fiscal. 3.6.9. Seguro garantia parcelamento administrativo fiscal. 3.6.10. Seguro garantia aduaneiro. 3.6.11. Seguro garantia administrativo de créditos tributários. 3.7. Fraudes no Seguro Garantia. 4. Conclusão.

## RESUMO

O contrato de seguro tem sido aperfeiçoado no curso da história e hodiernamente são concebidas novas modalidades nos diferentes ramos securitários, de forma a atender aos anseios daqueles que buscam garantir o interesse segurável. Nestes termos, o seguro garantia tem desempenhado papel importante nas relações comerciais com entes públicos e privados, garantindo a indenização decorrente do inadimplemento contratual do prestador ou fornecedor de bens ou serviços, além de ser alternativa a outros meios de garantia estabelecidos na legislação. Contudo, a boa fé e dever de informação permanecem como fatores imprescindíveis em todas as fases que permeiam o contrato, a fim de que não só a precificação seja adequada, mas para que a sociedade

<sup>57</sup> Advogada. Professora de Legislação e Organização Profissional, Noções de Direito do Seguro e Ética Concorrencial da Fundação Nacional Escola de Seguros - FUNENSEG. Aluna do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

seguradora tenha conhecimento prévio do risco segurável de forma a decidir acatar a proposta e emitir a apólice ou recusar o risco, além de manter o equilíbrio da carteira em decorrência do princípio do mutualismo e garantir a indenização securitária, vez que haverá recusa do sinistro em casos de comprovação de dolo ou fraude do proponente.

**Palavras-chave:** SEGURO GARANTIA. SEGURO. DEVER DE INFORMAÇÃO.

## ABSTRACT

The insurance contract has been refined throughout history and nowadays several International Security branches are designed in order to attend the needs of those who seek to ensure the insurable interest. Accordingly, the guarantee insurance has been playing an important role in trade relations with public and private entities, ensuring the compensation resulting from the contractual default of the provider or supplier of goods or services, besides being an alternative to other means to secure the established in legislation. However, the duty to inform is an indispensable fact in all contract stages that must remain, the insurance company should have not only an appropriate pricing, but a prior knowledge of insurable risk in deciding to accept or not the proposal and issue the policy or reject the risk, as well as maintaining the balance of the portfolio as a result of a mutualism principle and ensure the indemnity insurance, once it will be a rejection claim in cases of willful misconduct proven or a tenderer fraud.

**Keywords:** INSURANCE GUARANTEE. INSURANCE. DUTY TO INFORM.

## 1. INTRODUÇÃO

Desde os primórdios, as sociedades civilizadas têm buscado formas de resguardar seu patrimônio desenvolvendo diversos tipos de “contratos”, geralmente pautados no princípio do mutualismo, tendo como finalidade mitigar prejuízos decorrentes de eventos danosos, dos quais, hodiernamente, denomina-se “sinistro”.

Os contratos dessa espécie são denominados contratos de seguro e de acordo com a definição do art. 757 do Código Civil Brasileiro é contrato pelo qual o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, referente à pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados, podendo ser parte como segurador somente a entidade legalmente autorizada a esse fim.

No Brasil o mercado securitário é fiscalizado pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, autarquia que compõe o Sistema Nacional de Seguros Privados – SNSP.

As atividades de Seguros, Previdência Privada Aberta, Capitalização e Resseguros são dirigidas por Normas Legais (Constituição Federal, leis complementares, leis ordinárias, decretos-leis e decretos) e Normas Regulamentares (Resoluções emanadas pelo Conselho Nacional de Seguros Privados – CNSP e Circulares emanadas pela Superintendência de Seguros Privados – SUSEP).

Tais normas versam sobre a inclusão da atividade securitária no Sistema Financeiro, estabelecem procedimentos operacionais dos setores de Seguro, Previdência Privada, Capitalização e Resseguro, disciplinam os respectivos contratos e dirigem as relações entre as partes.

As operações de seguros privados no Brasil dividem-se entre seguros facultativos e seguros obrigatórios, sendo que as normas que regem essas operações em território nacional estão disciplinadas no Decreto-Lei nº 73/66.

O presente artigo visa discorrer sobre o contrato de seguro facultativo dentro do Direito Societário, precisamente os seguros de Responsabilidade Civil, dos quais o Seguro Garantia é espécie e do dever de boa-fé e de informação.

Como os demais contratos de seguro, o seguro garantia deve ser eivado de boa-fé, sendo dever do proponente prestar informações claras e precisas, de forma que o seguro seja tarifado de forma adequada, mitigando o desequilíbrio contratual entre as partes.

## **2. CONTRATO DE SEGURO**

### **2.1 Evolução Histórica**

Embora grande parte dos doutrinadores entenda que o início do que intitulamos “Contrato de Seguro” tenha ocorrido com o advento das grandes navegações, alguns autores como Robson Pedron Matos e Fabiana Ricardo Molina (2006, p. 21) discorrem que a China foi a precursora nas tentativas de proteção contra riscos inerentes à atividade comercial, porquanto no período compreendido entre 5.000 a 2.300 a.C. os chineses já procuravam reduzir as perdas decorrentes do transporte de pessoas e mercadorias no Rio Amarelo,

distribuindo as mercadorias dos comerciantes em diversas embarcações, de forma que se alguma embarcação naufragasse, um único proprietário não ficasse totalmente desfalcado, rateando a perda entre eles.

Ainda de acordo com Matos e Molina (2006, p. 21) em “3.000 a.C. os pastores caldeus se coletivizavam de maneira a reporem cabeças de gado perdidas por alguns deles”, sendo que na Mesopotâmia, grafadas em tábuas, constam relatos de que em 2.300 a.C. os mercadores babilônicos possuíam forma de se resguardar dos eventos lesivos às caravanas nas travessias dos desertos, estabelecendo entre eles formas de garantir o pagamento advindo da perda de camelos durante o trajeto.

Ensina Ricardo Bechara Santos (2008, p. 6) que de acordo com a história, as operações de seguro limitavam-se ao seguro de dano compreendendo como tal o transporte marítimo, transporte terrestre e o incêndio, como forma de prevenir-se contra o risco na conclusão do contrato e alcançar o equilíbrio desfeito após a ocorrência do evento danoso.

Conforme o comércio marítimo se desenvolvia as convenções foram sendo aprimoradas, preleciona Matos e Molina (2006, p. 22). Desta forma, buscava-se a proteção contra riscos futuros, sendo que já em 1.600 a.C. os fenícios já possuíam acordos estabelecendo fundo de reserva formado com parte dos lucros, com fins a garantir eventos vindouros.

Contudo, os autores ora mencionados lecionam que a forma embrionária de seguro ocorreu, de fato, em 900 a.C. com o surgimento da *Lex Rhodia de Jactu*, tendo como objetivo a proteção contra os perigos do mar. Tais leis formavam o Código *Navale Rhodorum* que se difundiu entre outras potências marítimas e persistiu por séculos.

Ao discorrer sobre a origem do contrato de seguro de forma organizada, Ricardo Bechara Santos (2008, p. 6) defende o seu início nas cidades medievais da Europa, de onde partiam as navegações. Complementam Matos e Molina (2006, p. 23) que, com efeito, os seguros tornaram a ter importância com a reabertura do mercado marítimo ocorrido com o início da Baixa Idade Média e com as melhorias realizadas na *Lex Rhodia de Jactu*, em 1.190, pelo rei Ricardo Coração de Leão da Inglaterra. Passado mais de um século o rei de Portugal, D. Diniz, instituiu a primeira apólice de seguro dedicada exclusivamente ao âmbito da atividade marítima.

A operação por meio empresarial, observa Santos (2008, p. 6), decorreu ao se perceber a injustiça contra os que se viam obrigados a lançar ao mar parte da carga com a finalidade de salvar o restante, a tripulação e a embarcação. Neste momento, com a decisão dos consignatários em ratear o prejuízo, nascia no seguro a ideia de justiça.

As primeiras apólices de seguro que se tem conhecimento, conforme Pedro Alvim (2001, p. 28), é uma de Pisa datada de 11.07.1935 e outra de Florença datada de 10.07.1397, cujas cláusulas já demonstravam uma disciplina jurídica desenvolvida pelos usos e costumes das diferentes praças comerciais.

Na Praça de Florença as entidades seguradoras passaram a fixar o prêmio de seguros em função da experiência de outras praças comerciais. Para facilitar os entendimentos, os seguradores costumeiramente reuniam-se no mesmo local, tomando conhecimento das condições dos riscos e obtendo informações a respeito dos negócios. Este hábito adquirido na Itália sobreviveu apenas na Inglaterra, em face da organização do Lloyd (ALVIM, 2001, p. 180), que cresceu em função do monopólio exercido pela London e a Royal, deixando o seguro de operar exclusivamente com as coberturas de riscos marítimos, passando a diversificar em outras modalidades tais como transporte terrestre e incêndio (BECHARA, 2008, p. 8).

No Brasil, o surgimento do seguro foi decorrente da influência europeia, da vinda da família real portuguesa em 1.808 e pela abertura dos portos, sendo a primeira seguradora brasileira criada com base no Decreto de 24 de fevereiro de 1.808, a “Companhia de Seguros Boa-Fé” com atuação no ramo de seguro marítimo e regulada pelas Regulações da Casa de Seguros de Lisboa. Tal decreto autorizou, ainda, o funcionamento da “Companhia de Seguros Conceito Público” (MATOS; MOLINA, 2006, p. 25).

Discorrem Matos e Molina (2006, p. 25-26) que no Brasil Império as atividades securitárias eram decorrentes de medidas legais definidas por altos escalões do governo em atendimento aos pedidos de negociantes e proprietários de embarcações mercantes, sendo promulgadas leis e decretos com o objetivo do controle das atividades previdenciárias e securitárias, destacando-se o Decreto de 29 abr. 1.828 (autorizou a atuação da “Sociedade de Seguros Mútuos Brasileiros”), Decreto de 05 de março de 1.829 (regulamentou a Administração dos correios, admitindo seguros de cartas e massa de papéis) e a Lei de 26 de

julho de 1.831 (extinguiu as Provedorias dos Seguros das Províncias do Império, livrando o contrato de seguro de todos os impostos).

No entanto, ensina Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 429), o contrato de seguro passou a ter previsão no ordenamento jurídico brasileiro em 1.850, embora tratasse unicamente do seguro marítimo.

Seguindo-se a isso, Matos e Molina (2006, p. 26) afirma que foram promulgados os Decretos nº 2.679 de 02 de novembro de 1.860 que tornou obrigatória a apresentação do balanço das sociedades seguradora, o Decreto nº 2.711 de 19 de dezembro de 1.860 que instituiu a obrigatoriedade do pedido de autorização para atuação das sociedades seguradoras e os respectivos estatutos e o Decreto nº 3.189 de 25 de novembro de 1.863, que estabeleceu o modelo para o balanço das operações das sociedades de seguro mútuo e fixou o prazo para a sua publicação.

Defende Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 429) que o contrato de seguro recebeu ordenamento definitivo quando elaborado o Código Civil de 1.916 e o interesse social nessa modalidade de contrato ocorreu a partir da Constituição Federal de 1.946 quando dispôs caber ao legislador regular o mercado securitário, no que foi seguido nas constituições seguintes.

Atualmente, além da positivação na Constituição Federal, outras normas legais dispõem sobre o mercado de seguros, dentre as quais se destaca a Lei n.º 4.594/1.964 (regula a profissão de corretor de seguros), Decreto-lei n.º 73/1.966 (dispõe sobre a operação de seguros e institui sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados) e o próprio Código Civil de 2.002.

As operações de seguros privados, resseguros, capitalização e previdência privada complementar aberta são reguladas pelo Sistema Nacional de Seguros Privados, do qual faz parte o Ministério da Fazenda, o Conselho Nacional de Seguros Privados, a Superintendência de Seguros Privados, as Sociedades Seguradoras, os Resseguradores, os Corretores de Seguros e Resseguros. Importante ressaltar a existência do Conselho de Recursos do Sistema Nacional de Seguros Privados que é o órgão de assessoramento do Ministério da Fazenda que julga, em última instância, os recursos de decisões emanadas pela Superintendência de Seguros Privados.

No tocante as competências, estabelece o artigo 32 do Decreto-Lei nº 73/1.966 que o Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP é o órgão responsável por fixar



as diretrizes e normas da política de seguros privados, em harmonia com a política econômica estabelecida pelo Ministério da Fazenda, enquanto à Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, nos termos do artigo 36 cumpre, dentre outras atribuições, a execução da política traçada pelo Conselho Nacional de Seguros Privados, atuando como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das sociedades seguradoras e das operações das entidades autorreguladoras do mercado de corretagem. Portanto, é órgão responsável pela fiscalização e supervisão dos mercados de Seguros, Resseguros, Previdência Privada Complementar e Capitalização (BASTOS JÚNIOR, 2015, p. 18).

## 2.2 Conceito

Ao conceituar contrato de seguro, o artigo 757 do Código Civil de 2002 estabelece que a sociedade seguradora, entidade legalmente autorizada, garante a indenização decorrente da ocorrência de um risco pré-estabelecido, que pode ser de coisa ou pessoa, mediante o pagamento do preço, *in verbis*:

Art. 757. Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados.

Parágrafo único. Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada.

Na interpretação de Luiz Guilherme Loureiro (2005, p. 431) o contrato de seguro tem por objeto a transferência do risco do segurado ao segurador, o que por si só já difere do contrato de jogo ou de aposta.

A doutrinadora Vera Lúcia de Mello (2013, p. 316) discorda dessa posição de Loureiro, ao afirmar que o risco não se transfere à sociedade seguradora porquanto essa não assume o risco, já que isto daria lugar a um novo risco, a saber, o da insolvência do segurador. Em sua interpretação, o contrato de seguro garante apenas que as consequências do eventual sinistro, que é a ocorrência do risco que se busca evitar, serão compensadas economicamente.

O contrato de seguro, de acordo com Vera Lúcia de Mello Franco (2013, p. 321), é contrato realizado em massa devido à presença da mutualidade, caracterizado pela adesão e padronização, como são os contratos realizados nessa modalidade.

Observa Rui Stoco (2013, p. 912) que o contrato de seguro está relacionado à recomposição de dano incerto, futuro e hipotético, mediante prévio pagamento de um valor à seguradora:

O seguro é uma garantia de recomposição de um dano ou perda futura e incerta. É uma convenção entre partes que permite, mediante pagamento de certa quantia (prêmio), a reparação futura de um dano hipotético, devidamente estipulado com antecedência na respectiva apólice.

Ao conceituar sobre o contrato de seguro, Cavalieri Filho (2014, p. 496) assim define “seguro é o contrato pelo qual o segurador, mediante o recebimento de um prêmio, assume perante o segurado a obrigação de pagar-lhe uma determinada indenização, prevista no contrato [...]”.

Talvez um pouco divergente em suas posições, a doutrina converge no sentido de que pelo contrato de seguro e mediante prévio pagamento por parte do segurado, a sociedade seguradora o compensará financeiramente ou mediante a reposição da coisa, se assim pactuado, em decorrência da materialização do risco segurado.

### **2.3 Natureza jurídica**

De acordo com a classificação utilizada no Direito Civil é possível afirmar que em relação à natureza jurídica o contrato de seguro é bilateral, oneroso, aleatório, formal, nominado, de adesão e de boa-fé.

No entendimento de Fábio Ulhôa (2009, p. 486) o seguro é contrato de adesão, comutativo e consensual, tendo como característica estar extensamente disciplinado pela legislação e pelos órgãos regulamentadores.

### **2.4 Elementos**

Para João Marcos de Brito Martins e Lídia de Souza Martins (2008, p. 42) são elementos essenciais do contrato de seguro o risco, o prêmio e a indenização. Contudo, aduzem que a esses podem ser acrescentados o segurado e a sociedade seguradora, que embora sejam partes e não elementos permite melhor visão sistêmica do contrato.

Em tese, a doutrina traz como elementos essenciais do contrato de seguro a sociedade seguradora, o segurado, o risco segurável, o prêmio e a indenização securitária.

#### *2.4.1 Sociedade seguradora*

O Conselho Nacional de Seguros Privados, por meio da Resolução CNSP nº 184/2008 define como seguradora ou segurador “aquele (a) que emite uma apólice, assumindo a responsabilidade pelos riscos nela constantes, mediante o pagamento de prêmio pelo Segurado”.

Em sequência, a Superintendência de Seguros Privados vem conceituar sobre a sociedade seguradora na Circular SUSEP n.º 306/2005 como “empresa autorizada pela SUSEP a funcionar no Brasil e que, recebendo o prêmio, assume os riscos descritos no contrato de seguro”.

Importante destacar que as sociedades seguradoras devem estar devidamente autorizadas pelo Governo Federal a explorar a atividade securitária, determinando o art. 113 do Decreto-lei nº 73/1.966 que a contratação de seguro sem autorização estatal importa em pena de multa em valor equivalente à importância assegurada.

No tocante ao controle estatal, bem como a exigência de capital inicial e garantias financeiras, aduz Fábio Ulhôa (2009, p. 485) que tal medida visa garantir ao segurado a solidez da sociedade seguradora, sendo-lhe exigidas reservas técnicas mínimas para que possa entrar e se manter em funcionamento.

#### *2.4.2 Segurado*

O ente regulador, conforme a Resolução CNSP nº184/2.008, determina como segurado a pessoa natural ou jurídica a qual, apresentando interesse segurável, contrata o seguro em seu benefício pessoal ou de terceiro.

O segurado, no entendimento de Loureiro (2004, p. 436), é a pessoa natural ou jurídica que no contrato tem garantida a integridade de sua pessoa ou de seus bens contra certos e determinados riscos, mediante o pagamento de um prêmio.

Na interpretação de Matos e Molina (2006, p. 39) “poderá figurar como segurado qualquer pessoa, física ou jurídica, sendo necessário apenas, em princípio, ter capacidade civil”.

Como a tarificação do contrato de seguro decorre das informações por ele prestadas, torna-se obrigatório apresentar declarações exatas e completas, incluindo as circunstâncias que possam vir a influir na aceitação da proposta ou na taxação do prêmio de seguro, sob o risco de perder a garantia e ficar obrigado ao pagamento do prêmio vencido conforme disciplina o artigo 766 do Código Civil Brasileiro.

### 2.4.3. *Risco*

A Circular SUSEP nº 347 de 27 de junho de 2.007 define como risco o evento futuro e incerto, de natureza súbita e imprevista, independente da vontade do segurado, cuja ocorrência pode provocar prejuízos de natureza econômica.

Nessa esteira aduz Vera Helena de Mello Franco (p. 340) que o risco, à luz do artigo 121 do Código Civil, é o evento futuro e incerto que ocorre independentemente da vontade humana. É fato, e não ato voluntário, apto a produzir efeitos na esfera jurídica.

O risco é um acontecimento possível, mas futuro e incerto, quer seja quanto à sua ocorrência como quanto ao momento em que se deverá advir independente da vontade do contratante (Luiz Guilherme Loureiro, 2005, p. 437).

No entendimento do mestre Silvio de Salvo Venosa (2004, p. 374) o risco é o acontecimento futuro e incerto previsto em contrato e suscetível de causar dano e que, ao ocorrer, a técnica securitária o denomina como sinistro.

Importante destacar que o Código Civil em seu art. 762 dispõe sobre o caráter excludente do risco, ao disciplinar que o contrato será nulo para garantia de risco proveniente de ato doloso do segurado, do beneficiário ou do representante de ambos.

### 2.4.4. *Prêmio*

Dá-se o nome de prêmio, denominação peculiar no ramo securitário, à importância paga pelo segurado à sociedade seguradora, tendo como contraprestação determinada garantia.

De acordo com Loureiro (2005, p. 439) o prêmio é geralmente estipulado em dinheiro e a apólice esclarece o tempo, o lugar e a forma de pagamento, estando a mora caracterizada pela sua não purgação nos termos estipulados.

A Superintendência de Seguros Privados afirma em seu sítio de internet que prêmio é “o valor que o segurado paga à seguradora pelo seguro para transferir a ela o risco previsto nas Condições Contratuais. Pagar o prêmio é uma das principais obrigações do segurado”.

O prêmio de seguro será fixado mediante a utilização de cálculos atuariais que contemplam, dentre outros, o risco a que está exposto determinado bem ou pessoa. Desse modo, reforça-se que as informações prestadas pelo segurado

ou seus representantes deverá obedecer fielmente aos princípios da boa-fé, de forma que o contrato de seguro seja tarifado adequadamente, culminando na cobrança de um preço justo.

#### *2.4.5. Indenização*

Preceitua a Superintendência de Seguros Privados que o objetivo do seguro de danos é garantir ao segurado, até o limite máximo de garantia e de acordo com as condições contratuais, o pagamento de indenização por prejuízos devidamente comprovados e diretamente decorrentes de perdas e/ou danos causados aos bens segurados ou ocorridos no local segurado, como seqüela de risco coberto.

A indenização em dinheiro ou a reposição da coisa, caso as partes assim tenham expressamente convencionado, é a obrigação principal da sociedade seguradora de acordo com o estipulado no artigo 776 do Código Civil de 2.002, ensina Caio Mário (2014, p. 437).

Importante ressaltar que o art. 778 do Código Civil veda o pagamento de indenização em valor superior ao interesse segurado, pois a função do contrato não é a de gerar lucro. Entretanto, a exceção ocorre em caso de mora por parte do segurador em indenizar, nos termos do artigo 781 do mesmo diploma legal.

## **2.5. Princípios**

### *2.5.1. Mutualismo*

O caráter mutualístico do contrato de seguro decorre do papel da sociedade seguradora em operar com uma massa de riscos homogêneos entre si, cobrando o prêmio de um grande número de segurados, de forma que os sinistros sejam suportados por um fundo comum.

As sociedades seguradoras utilizam o referido fundo a fim de realizar o pagamento das indenizações securitárias. Assim, posto que o prêmio arrecadado pela massa de segurados suporte os danos sofridos no patrimônio do segurado, pode-se afirmar, em síntese, que os segurados não sinistrados pagam pelos sinistrados.

### *2.5.2. Boa-fé*

O princípio da boa-fé permeia todas as fases de um contrato e no ramo securitário não ocorre de outra forma. É princípio da boa-fé que nos contratos

de seguro as partes se expressem de forma clara e objetiva, a fim de não induzir a erro a outra parte.

Alguns doutrinadores asseveram que a boa-fé no contrato de seguro é essencial ao ponto de afirmar tratar-se de contrato de *uberrima bona fide*, o que foi consagrado no art. 765 do código civilista ao determinar que as partes sejam obrigadas a guardar na conclusão e na execução do contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Do artigo em comento pode-se ainda inferir quanto a importância do dever de informação no ato da formulação da proposta de seguro, de forma que a sociedade seguradora não só tarife o risco pelo preço justo, mas que também mediante informações claras e precisas sobre as circunstâncias reais, possa avaliar se aceita ou não garantir o risco segurável.

No tocante ao rompimento do princípio da boa-fé, alerta Ricardo Bechara Santos (2008, p. 101) que as consequências à sua quebra estão elencadas no art. 766 do Código Civil, quais sejam a perda do direito à garantia e o pagamento do prêmio vencido, podendo ainda responder criminalmente em caso de fraude.

Cumprе ressaltar que a inexistência de boa-fé por parte do proponente-segurado, tanto na contratação quanto no momento da comunicação de um evento danoso, costuma ser um dos maiores motivadores das recusas de indenização no mercado securitário.

### 2.5.3. *Função social*

No entendimento de Ricardo Bechara Santos (2008, p. 480) o contrato de seguro foi continuamente um exemplo de contrato com função social, sendo que a liberdade em contratar é exercida em razão e nos limites dessa finalidade social, resultado dos princípios éticos.

Conforme o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 18), nessa percepção, o Código Civil consagra a rescisão do contrato lesivo, anula o contrato celebrado em estado de perigo, combate o enriquecimento sem causa, admite a resolução por onerosidade excessiva, disciplina a redução de cláusula penal excessiva e permite a ampliação dos efeitos do contrato a terceiros que dele não tomaram parte.

### 3. SEGURO GARANTIA

#### 3.1. Conceito

É o art. 2º da Circular SUSEP n.º 477/2013 que vem definir o seguro garantia, *lato sensu*, como sendo a modalidade de seguro que tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado, estando dividido em duas modalidades seguro garantia: segurado – setor público e seguro garantia: segurado – setor privado (art. 3º).

Continua a referida circular, em seu art. 4º, que seguro garantia: segurado – setor público, objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de processos administrativos, processos judiciais, inclusive execuções fiscais, parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa e regulamentos administrativos, além de multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso.

No tocante ao seguro garantia: segurado – setor privado, disciplina o art. 5º ser essa uma modalidade de seguro que tem por objeto garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado no contrato principal firmado em âmbito distinto dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

#### 3.2. Legislação e normas

O seguro garantia está afeto a mesma legislação que os seguros em geral, a saber, Constituição Federal, Decreto-Lei n.º 73/1.966, Lei n.º 8.078/1.990, Lei n.º 8.666/1.993, Lei n.º 8.987/1.995, Código Civil, dentre outros.

Conforme observado, a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP disciplina sobre a modalidade por intermédio da Circular SUSEP n.º 477/2.013.

Importante destacar que o referido seguro ganhou mais importância com o advento da alteração ocorrida na Lei n.º 13.043/2.014, resultado da conversão da Medida Provisória n.º 651/2.014, ao abarcar a modalidade de seguro como

uma das opções de garantia às execuções fiscais, ao lado do depósito judicial e carta de fiança bancária.

### **3.3. Público-alvo**

Como o seguro visa garantir a indenização decorrente do inadimplemento contratual, o público-alvo da modalidade são o Governo Federal, Estadual, Distrital e Municipal e empresas privadas.

Na esfera governamental, por determinação legal, é exigido das empresas que contratam com o poder público, a fim de que mantenham a oferta e execute o pactuado, uma prestação de garantia compreendendo como tal a caução em espécie, títulos da dívida pública, fiança bancária ou o seguro garantia.

O seguro garantia, quando contratado entre empresas privadas, visa o pagamento de indenização relativa ao descumprimento do contrato de execução de obras, fornecimento de bens e equipamentos, prestação de serviços, dentre outros.

Ressalta-se que de acordo com alguns operadores do mercado securitário, a contratação de seguro garantia apresenta-se como opção menos onerosa ao contratado.

### **3.4. Condições contratuais e partes do contrato**

As condições contratuais estão divididas entre gerais, específicas e especiais. As condições gerais compreendem as cláusulas comuns à modalidade de seguro a que se destinam; as condições específicas correspondem a cláusulas peculiares a qual se destina a modalidade e que podem alterar as condições gerais e as cláusulas particulares, versam sobre a individualização do risco, estipula o nome do segurado, do tomador, do valor e da forma de pagamento e deverão estar estipuladas na proposta de seguro, que após analisada e aceita pela sociedade seguradora, converter-se-á em apólice.

A Circular SUSEP n.º 477/2.013 define que o sinistro é caracterizado pelo inadimplemento das obrigações do tomador cobertas pelo seguro.

Para efeito dessa modalidade de seguro, são partes no contrato o proponente, o segurado, a sociedade seguradora e o tomador, sendo que será parte como segurado no Seguro Garantia Setor Público a Administração Pública ou Poder Concedente e no Seguro Garantia Setor Privado o credor das obrigações assumidas pelo tomador no contrato principal.



O tomador é definido como o devedor das obrigações por ele assumidas perante o segurado e o responsável pelo pagamento do prêmio de seguro, cabendo à sociedade seguradora promover a indenização securitária estipulada na apólice.

No contrato de seguro garantia a apólice é firmada entre o segurado e a sociedade seguradora, com a estipulação das coberturas contratadas e sob a responsabilidade do tomador em efetuar o pagamento do prêmio.

É acompanhando da constituição de uma contra garantia, permitindo à sociedade seguradora o direito de regresso contra o tomador caso ocorra o pagamento de indenização ao segurado, decorrente de sinistro coberto.

A contra garantia também poderá ser utilizada em consequência do inadimplemento do prêmio de seguro pelo tomador. São comumente utilizadas como contra garantia a hipoteca de imóveis, penhor e prestação de fiança de empresa sem ligação com o tomador.

De acordo com a Superintendência de Seguros Privados, o contrato de contra garantia que rege as relações entre a sociedade seguradora e o tomador será livremente pactuado, não podendo interferir no direito do segurado.

Quanto à indenização, ocorrerá mediante acordo entre a sociedade seguradora e o segurado e das seguintes formas: i) realizando, por meio de terceiros, o objeto do contrato principal, de forma a lhe dar continuidade, sob a sua integral responsabilidade; e/ou ii) indenizando, mediante pagamento em dinheiro, os prejuízos e/ou multas causados pela inadimplência do tomador, cobertos pela apólice.

Ainda, serão utilizados na amortização do prejuízo e/ou da multa objeto da reclamação do sinistro, sem prejuízo do pagamento da indenização no prazo devido, todos os saldos de créditos do tomador no contrato principal. Caso a indenização já tenha ocorrido, o segurado será obrigado a devolver à sociedade seguradora o excedente.

A peculiaridade deste seguro, assim como em outras poucas modalidades, está no fato do proponente, titular do interesse legítimo segurável relativo à pessoa ou coisa, não cumulará a condição de segurado como ocorre, a exemplo, nos seguros de automóveis.

### 3.5. Dever de informação

A sociedade seguradora somente está obrigada a garantir os riscos predeterminados no contrato de seguro, conforme preceitua o artigo 757 do código civilista, desde que este tenha sido estipulado sob o manto da boa-fé e da veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.

Nessa esteira, disciplina Michael César Silva (2012, p. 147) que o dever de informação pode ser considerado como o mais importante dos deveres associados à boa-fé objetiva, vez que a informação é essencial aos contratantes, a fim de que possuam conhecimento sobre as circunstâncias do contrato, alcançando assim o equilíbrio contratual.

Nestes termos, ensina Bechara (2008, p. 514) que ao segurado cumpre descrever com clareza e precisão a natureza do risco que deseja segurar, de forma que a sociedade seguradora contenha os elementos que a permitam aceitar ou recusar a proposta de seguro, assim como determinar o prêmio aplicável.

Portanto, se o segurado tem a obrigação de fornecer informações precisas em relação ao interesse segurável e omite tais informações, claramente está-se diante de um desequilíbrio contratual e que fere o princípio do mutualismo.

### 3.6. Modalidades de seguro garantia regulamentados pela SUSEP

As modalidades de seguro garantia estão estabelecidas na Circular SUSEP n.º 477/2.013, sendo comuns para o setor público e privado o seguro garantia do executante construtor, executante fornecedor e prestador de serviços (*performance bond*), retenção de pagamento, adiantamento de pagamentos (*advanced payment bond*) e garantia de manutenção corretiva ou perfeito funcionamento (*maintenance bond*).

No ramo 775 – Setor Público, nos termos da Circular SUSEP n.º 477/2.013, acrescenta-se ainda seguro garantia do licitante, seguro garantia judicial, seguro garantia judicial para execução fiscal, seguro garantia parcelamento administrativo fiscal, seguro garantia aduaneiro e seguro garantia administrativo de créditos tributários.

Já no ramo 776 – Setor Privado, ainda nos termos da referida Circular SUSEP, encontra-se o seguro garantia imobiliário.

### *3.6.1. Seguro garantia do executante construtor, executante fornecedor e prestador de serviços (performance bond)*

Refere-se à espécie que garante ao segurado que o tomador de serviços, vencedor do certame, cumprirá as obrigações assumidas no contrato de licitações e nos de execução indireta de obras, serviços e compras da Administração Pública, bem como de concessões e permissões de serviço público, tendo sido desenvolvida em conformidade com o artigo 6º da Lei n.º 8.666/1.993 e artigo 2º da Lei n.º 8.987/1.995.

Importante ressaltar que as apólices para concessões públicas fornecem cobertura securitária das fases de execução, tendo como objetivo garantir indenização ao órgão governamental concedente de bem público ou exploração de serviços estabelecidos em contrato.

É seguro de vigência anual e não durante toda a fase de execução ou concessão, podendo a apólice ser renovada a critério das partes.

### *3.6.2. Seguro garantia do licitante (bid bond)*

O seguro garantia do licitante, em concorrências públicas e privadas, visa à manutenção da proposta do tomador adjudicatário. Nestes termos, caso o tomador se recuse a entabular o contrato principal de execução nas condições propostas e no prazo estabelecido em edital ou carta-convite, protegerá o segurado dos custos da anulação da concorrência ou da habilitação de segundo colocado, garantindo ainda o diferencial do preço.

### *3.6.3. Seguro garantia de adiantamento de pagamentos (advanced payment bond)*

É modalidade de contrato de seguro que garante a indenização, até o valor da garantia fixado na apólice, pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador no contrato principal, para construção, fornecimento ou prestação de serviços.

Estão garantidos, ainda, os valores das multas e indenizações devidas à Administração Pública, tendo em vista o disposto na Lei nº 8.666/1.993.

São excluídas da cobertura principal da apólice as obrigações trabalhistas e previdenciárias, bem como os tributos de qualquer natureza.

Contudo, a modalidade permite contratação com verba específica a este fim, de Cobertura Adicional de Ações Trabalhistas e Previdenciárias, conforme estabelece o capítulo III, anexo I da Circular SUSEP n.º 477/2.013.

#### 3.6.4. Seguro garantia de retenção de pagamentos

Garante a indenização, até o valor da garantia fixado na apólice, dos prejuízos causados pelo tomador ao segurado em razão do inadimplemento das obrigações vinculadas às retenções de pagamentos previstas no contrato principal e substituídas por esta apólice.

Para a Superintendência de Seguros Privados a definição de prejuízo, além do estabelecido no art. 6º da Lei n.º 8.666/1.993, refere-se à importância pecuniária equivalente ao valor da retenção de pagamento determinada no instrumento garantidor e substituída pela apólice, que será devida ao segurado em caso de inadimplemento do tomador na execução do contrato, excluindo-se qualquer prejuízo decorrente de outro ramo de seguro, tais como responsabilidade civil e lucros cessantes.

#### 3.6.5. Seguro garantia de adiantamento de pagamentos (*advanced payment bond*)

Por meio deste contrato de seguro é garantida a indenização, até o valor da garantia fixado na apólice, pelos prejuízos decorrentes do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador em relação exclusiva aos adiantamentos de pagamentos concedidos pelo segurado, não liquidados na forma prevista no contrato principal e devidamente expressos no objeto da apólice, independentemente da conclusão deste.

É exigida pelo contratante que seja apresentada a apólice do referido seguro pelo valor integral do adiantamento, para a antecipação de pagamento em determinada etapa do contrato. O risco torna-se inexistente quando o estágio previsto em contrato é concluído.

Em regra, nessa modalidade a apólice de seguro não é cumulativa. Assim, quando realizado outro adiantamento, o anterior é excluído e inclui-se o novo valor.

#### 3.6.6. Seguro garantia de manutenção corretiva ou perfeito funcionamento (*maintenance bond*)

Nessa modalidade a indenização até o valor da garantia fixado na apólice e durante a sua vigência ocorre pelos prejuízos decorrentes da inexecução dentro do prazo acordado, das ações corretivas apontadas pelo segurado ao tomador e necessárias à correção da disfunção, ocorrida por responsabilidade exclusiva do tomador.

A cobertura da garantia de perfeito funcionamento para fornecimento de bens, materiais ou equipamentos geralmente excede à exigência de retenção aplicada nas faturas de pagamento pelo prazo definido pelo fabricante.

Trata-se de seguro contratado pelo prazo máximo de vinte e quatro meses após o fornecimento do bem, equipamento ou material.

No caso, o que diferencia o seguro garantia de manutenção corretiva da garantia técnica fornecida pelo fabricante é que o seguro garante o desempenho contratado.

#### *3.6.7. Seguro garantia judicial*

Contrato de seguro que garante o pagamento de valores que o tomador necessite realizar no trâmite de processos judiciais. A cobertura, limitada ao valor da garantia, somente terá efeito após o trânsito em julgado da decisão ou acordo judicial, cujo valor da condenação ou da quantia acordada não tenha sido pago pelo tomador.

A modalidade de garantia judicial foi incluída no rol do artigo 656 do Código de Processo Civil (CPC) pela Lei 11.382/2.006, como forma expressamente admitida pela Lei de Execuções Fiscais em substituição à penhora, embora o artigo 655 do código civilista não indique a ordem de preferência.

#### *3.6.8. Seguro garantia judicial para execução fiscal*

Este seguro garante o pagamento de valores que o tomador necessite realizar no trâmite de processos de execução fiscal, independente do trânsito em julgado, podendo a sociedade seguradora ser intimada a efetuar em juízo o depósito do valor segurado, nas hipóteses em que não sejam atribuídos os efeitos suspensivos aos embargos à execução ou à apelação do tomador-executado.

Nessa modalidade o segurado é credor da obrigação fiscal pecuniária em cobrança judicial e o tomador, devedor da obrigação fiscal, é aquele que deve prestar a garantia no processo de execução judicial.

#### *3.6.8. Seguro garantia parcelamento administrativo fiscal*

É modalidade de seguro que garante o pagamento, até o valor fixado na apólice, do saldo devedor remanescente da rescisão do parcelamento administrativo de créditos fiscais adquiridos pelo tomador perante Administração Pública.

Neste caso tem-se como segurado o credor de obrigação fiscal pecuniária em cobrança judicial ou administrativa e como tomador, o devedor de

obrigação fiscal pecuniária que deva prestar garantia no âmbito de parcelamento administrativo.

Devido o parágrafo 2º do artigo 33 do Decreto n.º 70.235/1.972 ter sido revogado por ação direta de inconstitucionalidade em relação à exigência do depósito compulsório de trinta por cento do crédito para discussão administrativa, a cobertura tem sido utilizada em processos administrativos de regime especial de tributação, como no caso do ICMS, permitindo que o tomador discuta a obrigação, mas permaneça no regime especial.

#### *3.6.10. Seguro garantia aduaneiro*

Conforme estabelece a Superintendência de Seguros Privados, esse contrato de seguro garante ao segurado, até o valor da garantia fixada na apólice, o cumprimento das obrigações do tomador vinculadas ao Termo de Responsabilidade, documento no qual são constituídas obrigações fiscais cujo adimplemento fica suspenso pela aplicação dos regimes aduaneiros especiais, a que se refere o Decreto nº 6.759, de 05 de fevereiro de 2.009, em conformidade com as Instruções Normativas da Secretaria da Receita Federal sobre o assunto.

Assim, nos casos de importações estimuladas pela suspensão de tributos, o seguro garantia garantirá as obrigações que o importador assumir no Termo de Responsabilidade firmado com a Receita Federal.

Dentre as principais operações de importação em regime suspensivo pela receita destaca-se a admissão temporária, o trânsito aduaneiro, o *drawback*, determinação do valor aduaneiro e cumprimento de obrigações acessórias.

#### *3.6.11. Seguro garantia administrativo de créditos tributários*

É objeto dessa modalidade de contrato a prestação de garantia pelo tomador a fim de atestar a veracidade de créditos tributários em processo administrativo, na forma da legislação em vigor.

Importa destacar, ainda, que a Circular SUSEP n.º 477/2.013 prevê a possibilidade de aquisição de coberturas adicionais, nos ramos privado e público, para ações trabalhistas e previdenciárias, cujo objeto é garantir exclusivamente ao segurado, até o limite máximo de indenização, o reembolso dos prejuízos comprovadamente suportados em relação às obrigações de natureza trabalhista e previdenciária de responsabilidade do tomador e oriundas do contrato principal, nas quais haja condenação judicial do tomador ao pagamento e subsidiariamente o seguro, e que os valores tenham sido pagos por este em

decorrência de sentença condenatória transitada em julgado, bem como do trânsito em julgado dos cálculos homologados ou, ainda, na hipótese de acordo entre as partes, desde que previamente anuído pela seguradora, e a consequente homologação do Poder Judiciário.

Além das garantias estipuladas na Circular SUSEP n.º 477/2.013, o mercado securitário ainda opera com as modalidades de seguro garantia de guarda, seguro garantia para o setor de energia e o setor naval, seguro garantia para o setor de petróleo e gás natural, seguro garantia ambiental e seguro garantia *completion bond*.

### **3.7. Fraudes no seguro garantia**

A Confederação Nacional das Empresas de Seguros Gerais, Previdência Privada e Vida, Saúde Suplementar e Capitalização (CNseg), entidade que tem como missão congregar as principais lideranças, coordenar ações políticas, elaborar o planejamento estratégico do setor e representar o segmento perante o Governo, a sociedade e as entidades nacionais e internacional, elaborou o Código de Ética do Mercado de Seguros, Previdência Complementar, Planos de Assistência à Saúde e Capitalização, estabelecendo normas e princípios aos quais as empresas de seguros voluntariamente se propuseram a se sujeitar.

É no artigo 21 do referido código de ética que se obtém a definição de fraude para mercado securitário como “qualquer ato intencional destinado ao recebimento de indenização ou benefício a que de outro modo não se teria direito, praticado na contratação ou no curso do evento previsto no contrato, e mesmo após sua ocorrência”.

De acordo com o professor Cláudio Contador, a fraude no seguro é considerada como todo ato voluntário de pelo menos um dos agentes com a finalidade de obter um benefício ilegítimo do contrato do seguro, podendo ser uma fraude oportunista ou profissional.

A fraude pode ser originada na sociedade seguradora, nos casos de gestão fraudulenta, na corretagem de seguros e no segurado, quando este omite ou falseia informações, nas fases que vão de pré-contratual a pós-contratual, perpassando pelo período de vigência da apólice.

Casos notórios de fraude em seguro garantia foram apreciados pelo judiciário, dentre os quais se destaca a Procid Participações e Negócios S.A.

(Banco Santos) *versus* Unibanco AIG Seguros e Previdência e o Instituto de Resseguros do Brasil-IRB decorrente da recusa da sociedade seguradora em conceder a cobertura securitária em contrato de seguro D&O (*directors and officers*).

O caso em espeque foi notório em dois aspectos que merecem destaque, o descumprimento do dever de informação durante todas as fases do contrato e o ferimento ao princípio basilar do seguro: boa-fé.

Em apertada síntese, no ato da contratação o segurado omitiu da sociedade seguradora o fato de ter sido multada em processo administrativo pelo Banco Central em relação à concessão de empréstimo vedado a pessoa jurídica impedida de operar com o Banco através do uso de artifício de realizar operações ‘casadas’ com a interposição de terceiros. Durante toda a fase contratual o Banco ainda respondeu a diversos processos administrativos, os quais versavam sobre conceder empréstimo sem análise, comprometendo 48,5% do capital, distribuir dividendos intermediários tornando a situação patrimonial negativa e alterar e publicar o resultado da empresa no 1º semestre/2.003.

Assim, a sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em julgamento da Apelação Civil com revisão n.º 543.194-4/9-00 decidiu por negar provimento ao recurso, contra o voto do relator que dava parcial provimento no tema dos honorários, sob a alegação que os administradores faltaram com os deveres de cuidado e lealdade e a prática de atos fraudulentos antes e após a contratação do seguro,

“VOTO Nº 11.315

APELAÇÃO CÍVEL Nº 543.194.4/9-00

RELATOR: DESEMBARGADOR VITO GUGLIELMI

APELANTES: PROCID PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS S/A e OUTRO

APELADOS: UNIBANCO AIG SEGUROS E PREVIDÊNCIA e OUTRO

COMARCA: SÃO PAULO - 32a VARA CÍVEL

ILEGITIMIDADE ATIVA. INOCORRÊNCIA AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS (‘D&O INSURANCE’) PESSOA JURÍDICA LEGITIMADA A PARTIR DE ENDOSSO DA APÓLICE DE SEGURO ADMISSIBILIDADE PESSOA FÍSICA, POR OUTRO LADO. QUE ERA ADMINISTRADORA DA SOCIEDADE SEGURADA LEGITIMIDADE ADVINDA DA PRÓPRIA NATUREZA DO SEGURO PRELIMINAR AFASTADA



PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS ('D&O INSURANCE') AUTORES QUE CUIDARAM DE AJUIZAR AÇÃO CAUTELAR INTERRUPTIVA DE PROTESTO REINICIO DA CONTAGEM DO PRAZO DEMORA, ADEMAIS. DECORRENTE DE EXIGÊNCIAS DA PRÓPRIA SEGURADORA TERMO INICIAL TOMADO A PARTIR DA EFETIVA NEGATIVA DE PAGAMENTO PRELIMINAR AFASTADA

SEGURO AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS ('D&O INSURANCE') PROCESSOS ADMINISTRATIVOS QUE DÃO CONTA DA INFRAÇÃO, PELO ADMINISTRADOR, AOS DEVERES DE CUIDADO E LEALDADE ('DUTIES OF CARE AND LOYALTY') APURAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS FRAUDULENTOS ANTERIOR À CONTRATAÇÃO E QUE NÃO FORAM INFORMADOS À SEGURADORA ('KNOWN ACTIONS') EXCLUDENTES ABSOLUTOS DE RESPONSABILIDADE PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS ESTRANGEIROS RECURSO IMPROVIDO

SEGURO AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO DE RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS ('D&O INSURANCE') PRETENDIDO ADIANTAMENTO DOS CUSTOS PARA A DEFESA JUDICIAL DO ADMINISTRADOR INADMISSIBILIDADE NEGATIVA DA SEGURADORA BASEADA NAS EXCLUDENTES DE 'KNOWN ACTIONS' E 'DELIBERATE ACTS' ADMISSIBILIDADE ATOS DELIBERADAMENTE FRAUDULENTOS PRATICADOS E APURADOS ANTERIORMENTE À CONTRATAÇÃO DO SEGURO RECONHECIMENTO JUDICIAL COMPROMISSO DE REEMBOLSO. . ADEMAIS, QUE NÃO ESTÁ PREVISTO EM CONTRATO E NÃO PODE SER ADMITIDO RECURSO IMPROVIDO.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO DETERMINADA COM BASE NO VALOR DA CAUSA ADMISSIBILIDADE AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO ESPECÍFICA PELAS PARTES INTERESSADAS RECURSO IMPROVIDO VOTO VENCIDO”.

Como no caso citado, diversos são os contratos em que o segurado omite informações preciosas e extremamente necessárias e que servirão não só para a taxação do seguro, mas que influenciarão sobremaneira na decisão da sociedade seguradora em aceitar ou não, garantir o interesse segurável, o que torna desequilibrada a relação contratual, além de corroborar com a elevação do

preço do seguro, dada a característica mutual dessa espécie contratual, além de culminar na perda de direito do segurado, quando a fraude é descoberta.

#### 4. CONCLUSÃO

O contrato de seguro é espécie de contrato que garante reparar ou indenizar o sinistro nos termos pactuados na apólice, sendo precedido de uma proposta de seguro em que o segurado tem por obrigação informar todas as circunstâncias que envolvem o risco segurável.

Desse modo, a sociedade seguradora poderá decidir se acatar ou não o risco e, ainda, o taxará corretamente cobrando por isso o preço justo (prêmio de seguro).

Portanto, a obediência ao princípio da boa-fé devem percorrer as diversas etapas que envolvem o contrato de seguro, porquanto as informações concedidas pelo proponente determinarão a modalidade de seguro adequada, a aplicação das taxas aplicáveis e o valor do prêmio a ser pago.

Como o contrato de seguro é baseado no mutualismo, os seguros tarifados inadequadamente e, por diversas vezes indenizados devido ao desconhecimento da sociedade seguradora das circunstâncias reais do interesse segurável ou decorrentes de decisões judiciais no sentido do pagamento da indenização, acabam por onerar o preço do seguro.

O mais gravoso, contudo, é a recusa da garantia securitária no momento do sinistro, decorrente da falha deliberada do segurado no dever de informação no ato da contratação que, no seguro garantia, poderá ter consequências desastrosas.

#### 5. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Circular SUSEP 306, de 17 de novembro de 2005.** Regulamenta as regras de funcionamento e os critérios para operação do seguro popular de automóvel usado e estabelece as condições contratuais padronizadas. Rio de Janeiro, 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br>>. Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Circular SUSEP 347, de 27 de junho de 2007.** Disponibiliza no sítio da SUSEP as condições contratuais do plano padronizado para o seguro de fiança locatícia de imóveis urbanos e estabelece as regras mínimas para a comercialização deste seguro. Rio de Janeiro, 27 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br>>. Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Circular SUSEP 477, de 30 de setembro de 2013.** Dispõe sobre o Seguro Garantia, divulga Condições Padronizadas e dá outras providências. Rio de Janeiro, 30 set. 2013. Disponível em: <<http://www.susep.gov.br>>. Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei 73, de 21 de novembro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Brasília, 21 nov. 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 01 set. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 ago. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil.** 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito civil.** São Paulo: Saraiva, 2005. v. 3.

CONTADOR, C. A fraude no seguro: aspectos econômicos. **R. Bras. Risco e Seg.**, Rio de Janeiro, v. 7, n. 13, p. 87-104, abr./set. 2011.

FRANCO, Vera Lúcia de Mello. **Contratos: direito civil e empresarial.** 5. ed. São Paulo: 2014.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Contratos no Novo Código Civil: teoria geral e contratos em espécie.** 2. ed. São Paulo: Método, 2005.

MARTINS, João Marcos de Brito; MARTINS, Lídia de Souza. **Direito de seguro.** 3. ed. Rio de Janeiro: Universitária, 2008.

MATOS, Robson Pedron; MOLINA, Fabiana Ricardo. **O contrato de seguro e o código de Defesa do Consumidor.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

PORTAL tudo sobre seguros. **Entenda o seguro garantia.** Disponível em: <<http://www.tudosobreseguros.org.br/sws/portal/pagina.php?l=>>>. Acesso em: 21 set. 2015.

SANTOS, Ricardo Bechara. **Direito de seguro no novo Código Civil e legislação própria.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, Michael César. **Contrato de seguro de automóveis: releitura à luz da nova principilogia do direito contratual.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. t. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 4.



# DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA SOCIEDADE EMPRESARIAL LIMITADA

Marcelo Gomes de Faria<sup>58</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Ponderações e críticas ao dever de transparência da pessoa jurídica em relação aos sócios cotistas da sociedade empresarial limitada. 3. Novos paradigmas em relação ao dever de transparência da sociedade empresarial limitada. 4. Conclusão. 5. Referências.

## RESUMO

O texto problematiza e enfrenta o tema do dever de transparência da pessoa jurídica, especialmente da sociedade empresarial limitada, em relação aos sócios cotistas. A fim de cumprir a atividade econômica para a qual fora constituída e ainda corresponder à sua função social, a empresa, em um mundo cada vez mais globalizado e com amplo acesso à informação, a transparência deve representar um relevante paradigma a ser respeitado. Com esse objetivo, será abordado, sem a pretensão de exaurir o tema sugerido, o dever de acesso à informação dentro da sociedade empresária limitada, para, mais adiante, estudar ainda novos meios como a auditoria ou a due diligence nessa perspectiva. Serão, ainda, estudados precedentes jurisprudenciais, que auxiliarão no desenvolvimento do conteúdo. Por fim, o texto ressaltará a conclusão do debate jurídico, com vistas a nova reflexão sobre o tema proposto.

**Palavras-chave:** DEVER DE TRANSPARÊNCIA. PESSOA JURÍDICA. SÓCIO COTISTA. SOCIEDADE EMPRESARIAL LIMITADA. AUDITORIA. DUE DILIGENCE.

---

<sup>58</sup> Advogado. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Projeção. Aluno do curso de pós-graduação *latu sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho buscará desenvolver-se diante do seguinte problema: a sociedade empresária, protegida constitucionalmente pela livre concorrência, mas que possui caráter privado e cujos interesses nitidamente são particulares, com os sócios deliberando livremente sobre a forma de constituição e os meios de fiscalização internos, deveria se submeter a regras de transparência em relação aos próprios sócios, ainda que os meios para tal aferição não estejam previstos no contrato social?

Pretende-se, então, desenvolver a tese em dois tópicos, em que, em um primeiro momento, buscar-se-á fazer ponderações e críticas sobre o dever de transparência da pessoa jurídica em relação aos sócios cotistas da sociedade empresarial limitada.

Logo adiante, na segunda parte, trataremos de novos paradigmas que podem auxiliar no desenvolvimento de uma nova cultura em relação ao dever de transparência e, ao final, serão apresentadas as conclusões sobre este tema.

## 2. PONDERAÇÕES E CRÍTICAS AO DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA PESSOA JURÍDICA EM RELAÇÃO AOS SÓCIOS COTISTAS DA SOCIEDADE EMPRESARIAL LIMITADA

A atividade econômica, sob a égide da Constituição Federal de 1988, passou a ter proteção constitucional, representada pela livre iniciativa e pela livre concorrência, por meio do artigo 5º, inciso XIII: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”, cujos princípios estão devidamente apresentados seu artigo 170.

Sobre a questão, Fábio Bellote Gomes<sup>59</sup> preceitua importante lição:

Nesse contexto, a Constituição Federal define os princípios gerais da atividade econômica e empresarial, sendo que o seu art. 170 estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme

<sup>59</sup> GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito comercial**: de acordo com a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 2. ed. Barueri, SP : Manole, 2007. p. 11.

os ditames da justiça social, observados, dentre outros, os princípios da propriedade privada, da função social da empresa e da livre concorrência, da defesa do consumidor, de tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras que tenham sua sede e administração no país, sendo assegurado a todos o exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Com essa expressa disposição, a Constituição Federal confere à iniciativa privada a prerrogativa quase que exclusiva sobre a produção dos bens e serviços que se façam necessários para a sociedade. A exclusividade só não é plena, pois a Constituição Federal permite ao próprio Estado uma atuação supletiva na atividade econômica, em casos excepcionais, que, em regra, estão vinculados à segurança nacional ou ainda relevante interesse coletivo, mas esse aspecto não será abordado neste trabalho.

Não resta dúvida, portanto, que as sociedades empresárias, enquanto exercentes da atividade econômica e empresarial, usufruem do sistema constitucional que estabeleceu a livre iniciativa e a livre concorrência, para que atinjam a finalidade de acordo com sua constituição.

Considerando que toda atividade empresarial é econômica, criando uma utilidade prática<sup>60</sup>, ou seja, cumprindo seu propósito de existência, há que se ponderar que o exercício da atividade empresarial pressupõe uma organização de pessoas e meios para a realização do fim visado<sup>61</sup>.

Segundo Amador Paes de Almeida, a organização econômica destinada à produção ou circulação de bens ou serviços, denominada, outrossim, atividade econômica organizada será denominada empresa<sup>62</sup>, que é uma dentre outras várias formas para o exercício da atividade empresarial admitida no Direito pátrio.

Nesse ponto, sobressai-se que a empresa, enquanto sociedade, é uma

<sup>60</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de direito comercial**: o empresário e seus auxiliares. O estabelecimento empresarial. As sociedades. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1. p. 47.

<sup>61</sup> FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de direito comercial**: o empresário e seus auxiliares. O estabelecimento empresarial. As sociedades. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1. p. 47.

<sup>62</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais** (direito de empresa). 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

entidade dotada de personalidade jurídica, com patrimônio próprio, atividade negocial e fim lucrativo<sup>63</sup>.

Fábio Ulhoa Coelho, sobre o assunto, traz pertinente lição:

Na construção do conceito de sociedade empresária, dois institutos jurídicos servem de alicerces. De um lado a pessoa jurídica, de outro, a atividade empresarial. Uma primeira aproximação ao conteúdo deste conceito se faz pela idéia de pessoa jurídica empresária, ou seja, que exerce atividade econômica sob a forma de empresa<sup>64</sup>.

Mais adiante, o renomado doutrinador conclui, após valoroso estudo para distinguir a sociedade simples da empresária, que a sociedade empresária pode ser conceituada como a pessoa jurídica de direito privado não-estatal, que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedade por ações<sup>65</sup>.

Acresçam-se, aqui, as lições de José Edwaldo Tavares Borba, que ensina: a palavra sociedade tanto nomeia o contrato em virtude do qual duas ou mais pessoas congregam bens e esforços para desenvolver um negócio, como a entidade que desse contrato resulta<sup>66</sup>.

De acordo com o artigo 983 do referido Código<sup>67</sup>, as sociedades empresárias serão constituídas segundo um desses tipos: sociedade em nome coletivo; sociedade em comandita simples; sociedade por ações; sociedade em comandita por ações; sociedade simples e a sociedade limitada, sendo esta última àquela sobre a qual se desenvolverá este trabalho.

Conceitua-se a sociedade empresária como a organização proveniente de acordo de duas ou mais pessoas, que pactuam a reunião de capitais e trabalho para um fim lucrativo. A sociedade pode advir de contrato ou ato correspondente;

<sup>63</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 10. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 29.

<sup>64</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 109.

<sup>65</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 111.

<sup>66</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 10. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 10.

<sup>67</sup> Art. 983. A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias.



uma vez criada, e adquirindo personalidade jurídica, a sociedade autonomiza, separando-se das pessoas que a constituíram<sup>68</sup>.

Enquanto espécie de sociedade empresária, a sociedade de responsabilidade limitada, também denominada sociedade limitada, representa, seguramente, o maior percentual de sociedades empresariais constituídas no Brasil<sup>69</sup>, e apresenta características próprias, sendo que *têm por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro*<sup>70</sup>, conforme preceitua o artigo 982 do Código Civil<sup>71</sup>.

Uma das características marcantes da sociedade limitada é que se erigi como uma sociedade contratual, com pouca interferência estatal, no máximo respeito a livre iniciativa e livre concorrência. Para Fábio Bellote Gomes, *são contratuais as sociedades constituídas e regulamentadas por meio de um contrato social, prevalecendo, dessa forma, o acordo de vontades firmado entre os sócios como o ato formador da pessoa jurídica societária*<sup>72</sup>, que ainda leciona:

As sociedades ditas contratuais podem ser constituídas como *sociedades de pessoas*, que são aquelas baseadas na qualificação das pessoas que integram o seu quadro societário, e não na parcela do capital social pertencente a cada sócio, disso decorrendo, inegavelmente, que as sociedades contratuais, quando seu contrato social privilegiar a qualificação dos seus sócios em detrimento da formação do capital, terão como elementos essenciais à sua constituição e existência, a afinidade e o entendimento entre os sócios, característica chamada de *affectio societatis*.

Esse modelo contratual possibilita aos próprios sócios regularem os níveis de atuação de cada um de seus componentes, admitindo estabelecerem e alterarem, conforme os seus interesses, a forma de participação e integralização

<sup>68</sup> MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**: empresa comercial, empresários individuais, microempresas. Sociedades comerciais, fundo de comércio. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 169.

<sup>69</sup> Fábio Ulhoa Coelho, na obra *Manual de direito comercial : direito de empresa*, p. 153, destaca que mais de 90% (noventa por cento) das sociedades empresárias registradas nas Juntas Comerciais são de sociedade limitada.

<sup>70</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais** (direito de empresa). 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 5.

<sup>71</sup> Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais.

<sup>72</sup> GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito comercial**: de acordo com a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 2. ed. rev. ampl. e atual. Barueri, SP : Manole, 2007. p. 70.

do capital e, ainda, em qualquer época definir ou redefinir a gerência da sociedade.

Ele ainda se traduz no próprio contrato social, será o meio pelo qual haverá a constituição da sociedade através de um instrumento público ou particular, firmado por todos os sócios, no qual se declaram as condições básicas da entidade, inclusive nome, domicílio, capital social, cotas de cada sócio, objeto social, forma de administração, prazo de existência e processo de liquidação<sup>73</sup>.

A sociedade limitada é constituída por um contrato de natureza plurilateral que exige a participação mínima de dois sócios, pessoas físicas ou jurídicas. O artigo 981 do Código Civil<sup>74</sup> dispôs que celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados econômicos.

Ademais, o contrato social ainda legitima a limitação da responsabilidade dos sócios, que é um fator de segurança e maior liberdade para empreender, com a possibilidade de maior simplicidade administrativa, buscando a minimização de custo contábil, operacional e gerencial, permitindo a adoção de decisões ágeis, condizentes com a dinâmica própria do modelo.

O contrato social deve-se apresentar com cláusulas essenciais, ainda que de livre convenção entre os sócios e tendo por barreira apenas a limitação das normas legais vigentes e aplicáveis. Segundo explica Sérgio Campinho<sup>75</sup>:

Forma-se a sociedade a partir da celebração do contrato entre seus partícipes. É um contrato que pode comportar a existência de duas ou mais partes, o que lhe garante a natureza de contrato plurilateral. Estão seus subscritores imbuídos do atingimento de uma finalidade comum e, por isso, dirigem, coordenam seus interesses à obtenção desse escopo comum: o desempenho proficiente do objeto social, para a obtenção e partilha do lucro social.

Na lição de Amador Paes de Almeida, o contrato é o ato jurídico em virtude do qual duas ou mais pessoas se obrigam a dar, fazer ou não fazer alguma

<sup>73</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 10. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro : Renovar, 2007. p. 31.

<sup>74</sup> Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

<sup>75</sup> CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do novo código civil**. 9. ed. revista e atualizada de acordo com a Lei 11.638/2007. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 157.

coisa, ou, como já o definia Ulpiano, o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto<sup>76</sup>.

Contudo, via de regra, o contrato social não estabelece, a despeito da óbvia oportunidade de fazê-lo, todas as garantias inerentes aos sócios, especialmente aos cotistas que estão afastados da administração da sociedade empresária limitada, inclusive em relação ao dever de transparência. Sobre esse ponto, Fábio Ulhoa Coelho ensina<sup>77</sup>:

O contrato social deverá prever as normas disciplinadoras da vida social. Qualquer assunto que diga respeito aos sócios e à sociedade pode ser objeto de acordo de vontades entre os membros da pessoa jurídica empresária. É claro que nem tudo poderá ser previsto e exaustivamente regrado, mas desde que não contemple solução ilegal, repudiada pelo direito, o contrato social poderá dispor sobre qualquer tema de interesse para os sócios.

As mudanças no cenário econômico e no ambiente de negócios parecem influenciar na distribuição de riqueza aos capitais próprios, além de circunstâncias outras que fugiriam do escopo deste trabalho, que impacta na condução da sociedade empresária limitada.

Assim, não raras as vezes, a própria sociedade empresarial limitada, por intermédio de seus sócios administradores, passa a adotar *práticas econômicas e empresariais nocivas ao modelo previsto na Carta Magna*<sup>78</sup> e no contrato social.

Sobre esse fenômeno, também recorrente nas sociedades anônimas, trata Tullio Ascarelli:

É frequente o caso das sociedades que, embora constituídas por várias pessoas, são, no entanto, substancialmente dominadas por uma só, visando a proporcionar a esta a possibilidade de exercer o comércio com responsabilidade limitada. As demais pessoas que intervêm no ato constitutivo são normalmente amigos complacentes (o advogado que redigiu a ata, parentes etc), que, com frequência, logo após a constituição da sociedade, cedem as próprias ações ao único sócio e cuja participação é, de qualquer forma, irrisória e motivada por amizade<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais** (direito de empresa). 17 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 12.

<sup>77</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 134.

<sup>78</sup> GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito comercial**: de acordo com a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 2. ed. rev. ampl. e atual. Barueri: Manole, 2007. p. 12.

<sup>79</sup> ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quórum, 2008. p. 192.

Torna-se, portanto, mais do que preponderante a existência de mecanismos na legislação e no próprio contrato que permitam aos sócios que não se detém ativamente na administração o acesso a todos os documentos relacionados à sociedade, cujo acesso poderá ser obstaculizado pelos sócios administradores.

A legislação brasileira comina o uso de determinados livros empresariais para que as empresas mantenham a contabilidade e a escrituração legal. A legislação comum prevê que são três os livros obrigatórios para a sociedade limitada: Livro de Atas da Administração; Livro de Atas e Pareceres do Conselho Fiscal, quando houver, e Livro de Atas da Assembleia.

Os livros são essenciais para permitir o controle das atividades jurídicas e finanças de uma sociedade, inclusive a limitada, ainda que, atualmente, pelo avanço tecnológico, as publicações passaram a ser feitas por intermédio de programas de computadores que desempenham essa função escritural, sendo que dois livros comerciais são obrigatórios em uma sociedade: o Diário e o Razão.

O Livro Diário, que é obrigatório, está previsto no artigo 1.180 Código Civil<sup>80</sup>, servirá para registrar o dia a dia da sociedade empresária limitada, com o retrato fidedigno dos atos e/ou fatos que modificam a situação patrimonial daquela sociedade.

Esse Livro Diário deverá conter os termos de abertura e de encerramento, respectivamente na primeira e última página, registrado e autenticado na Junta Comercial do Estado de origem da sociedade limitada.

O Livro Razão, também obrigatório, representará a movimentação analítica das contas escrituradas no diário e constantes do balanço daquela sociedade, sem a necessidade não precisa de registro ou autenticação de qualquer órgão, com o objetivo de servir como uma memória efetiva movimentação de cada conta patrimonial.

O Livro de Atas da administração tem o objetivo de registrar as posses dos administradores, nomeados em atos separados, e a subsequente determinação de suas atribuições e poderes e demais atos relevantes de gestão, com o Livro de Atas de Assembleia somente sendo necessário quando houver previsão expressa

<sup>80</sup> Art. 1.180. Além dos demais livros exigidos por lei, é indispensável o Diário, que pode ser substituído por fichas no caso de escrituração mecanizada ou eletrônica.

no contrato social para que haja assembleia de sócios, que não se confunde com as reuniões rotineiras de sócios.

O Livro de Atas do Conselho Fiscal somente será exigido quando o órgão estiver instituído no âmbito da sociedade empresária limitada, com o objetivo de registrar a posse e desligamento dos conselheiros, além de todas as decisões tomadas por esse órgão.

A legislação ainda faculta ao empresário a possibilidade de ter livros acessórios, que também são conhecidos como livros auxiliares, não essenciais ou facultativos.

Por representar a consciência da sociedade empresária limitada, a ausência desses livros pode trazer consequências sancionadoras, inclusive no âmbito penal, na medida em que há expressa disposição legal para sua elaboração, guarda e manutenção.

Aliás, os livros e fichas dos empresários e sociedades provam contra as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios<sup>81</sup>.

Esses documentos são essenciais e devem sempre estar à disposição dos sócios. Tanto que a jurisprudência, ainda que à luz do revogado artigo 844, inciso II do CPC de 1973, não deixa dúvidas quando chamada a resolver situações em que se nega o acesso de documentos aos sócios:

MEDIDA CAUTELAR Exibição de documentos – Sociedades limitadas Documentos em poder das sociedades de-  
mandadas Exibição com condão de esclarecer dúvidas do  
autor acerca da regularidade da gestão empresarial exercida  
pelos sócios administradores Requisito do art. 844, II, do  
CPC presente Ação cautelar de exibição de documentos  
procedente Apelação improvida MEDIDA CAUTELAR  
Exibição de documentos Sociedade limitada Alegação de  
que livros e documentos reivindicados não podem ser exi-  
bidos por estarem sob sigilo constitucional Improcedência  
Conteúdo comum às partes (sociedade limitada e sócio co-  
tista) Hipótese, ademais, em que sociedade está obrigada a  
exibi-los para permitir a fiscalização dos negócios sociais  
(art. 358, I e III) Condenação das recorrentes a exibirem  
cópia dos documentos indicados na exordial, à exceção do

<sup>81</sup> FERREIRA, Isabela Amorim Diniz. **Livros societários**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23866&-seo=1>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

Livro de Registro de Atas, cujas cópias deverão ser providenciadas pelo interessado após exibição do Livro em Juízo Ação cautelar procedente Apelação improvida MEDIDA CAUTELAR Exibição de documentos Medida cautelar de natureza satisfativa Inexistência de periculum in mora Irrelevância Desnecessidade Ação cautelar procedente Apelação improvida Dispositivo: recursos improvidos. (APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0006286-25.2012.8.26.0082, TJSP)

PRESTAÇÃO DE CONTAS Sociedade empresária constituída entre irmãos Administração da sociedade conjunta prevista no contrato social Constatação de que administração é exercida exclusivamente pelo réu, ainda que formalmente constasse o autor no contrato social também como sócio administrador Autor que trabalha e reside no exterior Dever de prestar contas caracterizado. Incidência, na espécie, do art. 1.020 do Código Civil Prestação de contas que deve abranger, inclusive, o período subsequente à revogação da procuração pública outorgada pelo autor ao réu Prestação de contas procedente Recurso do autor provido e recurso do réu improvido. Dispositivo: dão provimento ao apelo do autor e negam provimento ao recurso do réu. (APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0008113-43.2013.8.26.0565, TJSP)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. EX-SÓCIO. SOCIEDADE LIMITADA. PROCEDIMENTO PREPARATÓRIO. AVERIGUAÇÃO DE REGULARIDADE FISCAL, TRABALHISTA E DOS BALANCETES CONTÁBEIS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Ação cautelar de exibição de documentos proposta por ex-sócio, para averiguar a regularidade fiscal, trabalhista e dos balancetes contábeis da empresa. 1.1. Apelação proposta pela sociedade demandada, contra a sentença de procedência do pedido autoral.

2. O inciso II do artigo 844 do Código de Processo Civil assegura a exibição de documento próprio ou comum, em poder de sócio, como procedimento preparatório.

3. O artigo 1.052 do Código Civil determina que a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social. 3.1. A responsabilidade pode, ainda, ser ampliada para atingir o patrimônio pessoal do sócio, caso reste configurada alguma das hipóteses ensejadoras da desconsideração da personalidade jurídica. 3.2. A pretensão do autor é útil e necessária, na medida em que pretende averiguar a regularidade da requerida no período em que era responsável pelas suas dívidas.

4. Está ainda presente o interesse do sócio em saber se a administração da sociedade foi realizada de modo a resguardar

dar seu direito de retirada. 4.1. A alegação do requerido de que o autor é ex-sócio não calha, mormente porque o Parágrafo único do artigo 1.003 estabelece que até dois anos depois de averbada a modificação do contrato, responde o cedente solidariamente com o cessionário, perante a sociedade e terceiros, pelas obrigações que tinha como sócio.

5. Precedente: “[...] Ex-sócio tem legitimidade para pleitear em juízo a exibição de livros comerciais referente ao período em que pertenceu a sociedade. 2- A cautelar de exibição, de caráter preparatório, serve àquele que necessita conhecer documento, ao qual não tem acesso, para obter dados que precisa para fundamentar futura e eventual ação judicial. [...] (20070110121385APC, Relator: Jair Soares, Dju Seção 3: 25/10/2007).

6. Doutrina. [...] “A ação de exibição de documentos é procedimento preparatório que visa lograr a produção de prova para instrução de futuro processo” (Machado, Costa. Código de Processo Civil. 4ª edição. São Paulo: Mariale, 2012, p. 1519), sendo ainda certo que “A ação cautelar exibitória proporciona ao requerente formar um juízo acerca de direito material que julga possuir, a fim de que possa exercê-lo, se for o caso, com maior segurança” (Elpídio Donizetti. Curso Didático de Direito Processual Civil. 11ª edição, Ed. Lumen Júris, pág. 812).

7. Recurso improvido.

(APELAÇÃO CÍVEL Nº: 20140111857532APC - Apelação Cível, TJDF)

Tudo isso demonstra a importância da maior transparência e profissionalismo no âmbito da administração da sociedade limitada, o que ainda permite resguardar, de certa forma, os interesses dos sócios que não desempenham a função administrativa.

Ainda, o Código Civil, em seu artigo 1.066, estabeleceu que o contrato social pode criar um conselho fiscal, a ser composto por três ou mais membros e respectivos suplentes, sócios ou não, residentes no Brasil, eleitos pelos sócios-quotistas em assembleia anual<sup>82</sup>, sendo o aludido conselho meramente facultativo.

De um lado, não há dúvida que, pelas atribuições inerentes, o conselho fiscal poderá fiscalizar os atos de gestão da sociedade, com acesso aos livros e papéis dela, órgão merecedor de informações a serem prestadas pelos

<sup>82</sup> GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito comercial**: de acordo com a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 2. ed. rev. ampl. e atual. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 79.

administradores<sup>83</sup>, cuja função precípua desse órgão, tal como na sociedade anônima, é a fiscalização da atuação dos administradores, especialmente no que tange aos seus aspectos financeiros<sup>84</sup>.

Mas, por outro lado, não se pode ignorar que não será toda sociedade empresária limitada que possuirá um conselho fiscal, por diversas razões, inclusive em decorrência dos custos de sua instalação.

A sociedade empresária limitada, por seu caráter eminentemente privado, e pela ausência de previsão no respectivo contrato social, não estaria sujeita aos controles mais rígidos de transparência para além de seus sócios cotistas, como, por exemplo, àqueles a que se submete a sociedade anônima em relação aos seus acionistas.

Ainda assim, é certo que a legislação federal alberga o pleno direito de que os sócios cotistas, especialmente os afastados da administração, tenham acesso aos documentos e livros obrigatórios para a sociedade limitada.

A legislação também permite que as sociedades empresárias estipulem no contrato social a possibilidade de instituição do Conselho Fiscal, que essencialmente terá a atribuição de elaborar pareceres sobre o exame da escrituração da sociedade, com apresentação à assembleia de sócios, podendo denunciar erros, fraudes ou crimes apurados, convocar assembleias de sócios por motivos graves e urgentes, dentre outras funções.

Tudo isso para que os atos relacionados à sociedade empresária limitada sejam leais ao objeto e finalidade previstos no contrato social, dentro de um mercado calcado na livre iniciativa e na livre concorrência, onde cada vez menos se permite e tolera a utilização de artifícios ilegais.

### **3. NOVOS PARADIGMAS EM RELAÇÃO AO DEVER DE TRANSPARÊNCIA DA SOCIEDADE EMPRESARIAL LIMITADA**

Como visto, existem meios legalmente admitidos em direito que já permitem instigar e investigar o controle da sociedade empresária limitada, no

<sup>83</sup> REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. atual. Por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 512.

<sup>84</sup> BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 10. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 147.



que tange a uma atuação transparência perante o Estado, a própria sociedade e seus sócios, mesmo cotistas ou minoritários.

Ainda assim, pode-se afirmar que existem novos paradigmas que merecem ser analisados, no intuito de conceder à sociedade empresarial limitada relevante contribuição para a transparência perante seus sócios, cotistas ou minoritários.

Uma das alternativas seria a inclusão de cláusulas no contrato social que permitissem maior transparência para o cumprimento da finalidade social prevista, cujo escopo de negócio deverá estar bem definido, com amplo acesso aos sócios, cotistas ou minoritários, que não exercessem funções de administração.

As cláusulas essenciais garantirão a informação mínima necessária para o exercício da atividade societária, esclarecendo as informações que estarão acessíveis a todas as pessoas que transacionam com a sociedade: fornecedores, clientes, instituições bancárias, governo, etc., enquanto as cláusulas de livre estipulação tratam de questões secundárias, mas de relevância para a sociedade a fim de evitar desgastes futuros, uma vez que a elaboração bem definida de um contrato social certamente proporcionará assegurar maior harmonia entre os sócios e entre estes e terceiros, ao menos minimizar possíveis conflitos de interesses.

Assim, cumpridos os requisitos das cláusulas essenciais, que são aquelas necessárias e indispensáveis para o registro da sociedade na Junta Comercial<sup>85</sup>, as cláusulas com regras de transparência podem ser adotadas no âmbito das cláusulas acidentais, que, apesar de importantes para regular aspectos da sociedade empresária ilimitada, não impedirão o registro caso estejam ausentes<sup>86</sup>.

A contratação de consultoria ou auditoria também constitui alternativa para que o sócio, cotista ou minoritário, em qualquer tempo durante a existência da sociedade empresária limitada, verifique o regular funcionamento da sociedade empresária limitada, pois se mostram benéficas para a transparência dos negócios. Nesse sentido, ressalta-se valoroso pronunciamento do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Recurso redistribuído à Quinta Câmara Extraordinária de

<sup>85</sup> Em se tratando de sociedades empresárias limitadas, conforme disposição nos artigos 997 a 1000 do Código Civil.

<sup>86</sup> Cite-se, por exemplo, dentre outras, a permissão ou não de administradores não sócios nas sociedades limitadas (art. 1.061 CC); a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima (art. 1053, parágrafo único CC).

Direito Privado, com base na Resolução n.º 643/2014. Indenização por danos morais. Cerceamento de defesa não configurado. Devido processo legal observado. Divergência entre sócios de empresa que também são irmãos. Auditoria ou consultoria contratada por parte dos réus não caracteriza afronta à honra do autor. Demais sócios têm o direito de conhecer de forma explícita e transparente a situação empresarial. Retirada do requerente da sociedade não ensejou 'expulsão'. Matéria deve ser discutida em ação de dissolução. Danos morais não se fazem presentes. Susceptibilidade exacerbada do apelante é insuficiente para dar respaldo à pretensão indenizatória. Apelo desprovido. (APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0.046.655-28.2009.8.26.0224, TJSP)

Além disso, muitas vezes a auditoria se faz necessária, para análise dos riscos a que as sociedades empresárias limitadas estão envolvidas, com a averiguação de documentos societários solicitados (tais como os livros mencionados no tópico anterior).

Deve-se avaliar, nas auditorias, o histórico da sociedade, com a apreciação de todas as informações relevantes desde sua constituição até a data base da auditoria: verificação da estrutura corporativa, de todas as alterações contratuais e das assembleias gerais que ocorreram deliberações importantes; informações sobre contadores e auditores; informações referentes à administração da própria sociedade e ainda a existência de Conselho Fiscal, com seus pareceres e representações<sup>87</sup>.

A *due diligence*, apesar de estar bastante vinculada às operações societárias (fusões e aquisições), também merece ser adotada como uma forma de trazer transparência ao sócio, cotista ou minoritário, com relação a sociedade empresária limitada e seu regular funcionamento.

Dinir Salvador Rios da Rocha ensina que:

O auditor jurídico tem a tarefa de analisar documentos, colher informações, consultar certidões e órgãos governamentais ou extra-governamentais, consultar possíveis processos judiciais e administrativos enfrentados pelas partes, a regularidade das empresas perante os órgãos comerciais – como as Juntas Comerciais –, a legalidade das patentes detidas pelas empresas, uma infinidade de contratos com outras

<sup>87</sup> QUATTRINI, Larissa Teixeira. **Auditoria societária in direito societário**: fusões, aquisições, reorganizações societárias e *due diligence*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série GVLaw).

empresas, analisando a vigência, as obrigações e os créditos deles decorrentes, solvabilidade perante os credores, garantias reais e pessoas detidas ou suportadas pelas empresas, pactos de não concorrência, dentre outros muitos aspectos que merecem análise, para finalmente concluir todas aquelas informações e apreciação – feitas a partir daquelas – apresentado-as ao cliente, o qual – sem sombra de dúvida – dará a palavra final na efetivação daquela transação<sup>88</sup>.

Acrescenta Dinir que a *due diligence* não é uma simples liberalidade das partes ou mera burocracia. Ela nasce e se desenvolve com fundamento na redução de riscos e prejuízos futuros oriundos da tal assimetria de informações, buscando-se o lucro de forma alicerçada e segura<sup>89</sup>.

Tem-se, portanto, que existem novos paradigmas acessíveis

#### 4. CONCLUSÃO

A opção por estudar o dever de transparência perante as sociedades limitadas decorre da circunstância concreta de que este tipo de sociedade representa cerca mais de 90% (noventa por cento) do total de sociedades empresárias existentes no Brasil.

Não há dúvida que as sociedades empresárias constituem relevante, quiçá o maior, instrumento para a criação de riqueza, estabelecidas *em organizações econômicas especializadas*<sup>90</sup>, com a posterior distribuição dessa riqueza para a sociedade, na forma de impostos, taxas e contribuições, empregos diretos e indiretos, além da respectiva remuneração aos seus sócios.

A legislação brasileira, acompanhada de forma inequívoca por decisões dos Tribunais pátrios, reconhece a importância da maior transparência e profissionalismo no âmbito da administração da sociedade limitada, a fim de que sejam resguardados os direitos dos sócios cotistas ou minoritários, com relação aos livros societários.

<sup>88</sup> ROCHA, Dinir Salvador Rios da. **Visão geral de *due diligence***: breves aspectos teóricos e práticos in direito societário: fusões, aquisições, reorganizações societárias e *due diligence*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 45-46. (Série GVLaw).

<sup>89</sup> Idem, pág. 45.

<sup>90</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 3.

Além disso, há possibilidade de constituição do Conselho Fiscal, opção albergada pelo Código Civil, conforme expressa previsão no contrato social. Entretanto, há que se reconhecer que essa opção encontra limitação nos custos que a envolve.

Nesse sentido, o Código Civil permitiu maior liberdade dos sócios da sociedade empresária limitada na elaboração do contrato social, permitindo que ocorram deliberações que tenham sempre por escopo dar a máxima transparência para a sociedade empresária limitada.

Isso porque, não há dúvida, a elaboração correta e adequada de um contrato social permitirá o crescimento da sociedade e ainda minorar discordâncias entre os sócios, considerando que o estabelecimento de regras mais claras e voltadas para o fiel cumprimento do objeto social da sociedade facilitará a adoção de soluções mais razoáveis para os conflitos futuros.

Não se pode olvidar, ainda, a possibilidade de adoção de novos paradigmas em relação ao dever de transparência da sociedade empresarial limitada, especialmente a realização de auditorias e consultorias para verificação do regular andamento da sociedade empresária limitada.

A *due diligence* também poderá auxiliar os sócios cotistas e minoritários na análise da sociedade empresária, com total transparência, a fim de identificar possíveis problemas na administração empresarial, antecipando-se e mitigando potenciais riscos.

## 5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais** (direito de empresa). 17 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2008.

ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. São Paulo: Quórum, 2008.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário**. 10. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

CAMPINHO, Sérgio. **O direito de empresa à luz do Novo Código Civil**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA, Isabela Amorim Diniz. **Livros societários**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 30 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.23866&seo=1>>. Acesso em: 28 abr. 2016.

FRANCO, Vera Helena de Mello. **Manual de direito comercial**. O empresário e seus auxiliares. O estabelecimento empresarial. As sociedades. 2. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 1.

GOMES, Fábio Bellote. **Manual de direito comercial**: de acordo com a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas. 2. ed. rev. ampl. E atual. Barueri: Manole, 2007.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**: empresa comercial, empresários individuais, microempresas. Sociedades comerciais, fundo de comércio. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

QUATTRINI, Larissa Teixeira. **Auditoria Societária in Direito societário**: fusões, aquisições, reorganizações societárias e due diligence. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série GVLaw).

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 25. ed. atual. Por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

ROCHA, Dinir Salvador Rios da. **Visão geral de due diligence**: breves aspectos teóricos e práticos in *Direito societário: fusões, aquisições, reorganizações societárias e due diligence*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série GVLaw).



# APRIMORAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL E SUAS CONDIÇÕES

Mateus Gonçalves Borba Assunção

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Princípio da preservação da empresa. 3. O interesse de credores e a realidade da crise econômico-financeira. 4. Princípio da boa-fé objetiva e condição da crise econômico-financeira. 5. Conclusão. 6. Referências.

## RESUMO

A recuperação judicial é o novo instituto criado em 2005 através da Lei n.º 11.101/05. É intenção do Estado que a empresa continue a existir, pois é uma excelente recolhedora de tributos, distribuidora de empregos e ótima atuante na dinâmica de mercado. Nesta dinâmica de mercado a empresa se depara com crises que podem influenciar seu exercício econômico-financeiro. É neste ponto que a empresa devedora, quando não consegue estabilizar o passivo com o ativo, necessita de requerer em juízo sua recuperação. A empresa devedora na pessoa do administrador judicial apresenta um plano de recuperação que satisfaça os credores e viabilize a recuperação judicial. Em seguida, apresenta-se o plano de recuperação judicial que deve ser submetido a Assembleia Geral de Credores, após sua aprovação é concedida a empresa a possibilidade de se recuperar. Apesar dos benefícios que a Lei em comento trás para a empresa, o período em que ela fica sob os moldes deste instituto nem sempre a leva ao êxito. Portanto, atentar-se aos princípios da Lei de recuperação de empresas e falência, e ao exercício da função social é o meio pelo qual a empresa alcançará sua recuperação.

**Palavras-chave:** RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. DIREITOS FUNDAMENTAIS. PRINCÍPIOS NORTEADORES.

## ABSTRACT

The bankruptcy protection is the new institute created in 2005 by Law n.º 11.101/05. It is the intention of the State that the company continues to exist, it is an excellent harvester of taxes, distribution of jobs and optimum active in the market dynamics. This market dynamics the company is faced with crises that may affect its economic - financial year. This is where the debtor company, when you can not stabilize the passive to the active, you need to apply judgment in his recovery. The debtor company in the trustee person has a recovery plan that satisfies the creditors and possible the judicial recovery. Then

present the judicial recovery plan to be submitted the Creditors ' Meeting , after approval is granted the company the possibility to recover. Despite the benefits that the law under discussion back to the company , the period when she is under the templates of the institute does not always lead to success . So pay attention to the principles of the Law of recovery companies and bankruptcy , and the exercise of social function is the means by which the company will reach its recovery.

**Keywords:** REORGANIZATION. ECONOMIC AND FINANCIAL CRISIS. NEGATIVE TAX DEBT CERTIFICATE. FUNDAMENTAL RIGHTS. GUIDING PRINCIPLES.

## 1. INTRODUÇÃO

A recuperação judicial é o instituto criado na Lei n.º 11.101/05 para as empresas devedoras que passam por uma crise econômico-financeira. Com a aplicação da Lei, os magistrados e militantes no direito empresarial depararam com situações as quais, na prática, a Lei não é tão eficiente.

A jurisprudência dos Tribunais Estaduais deu origem conjuntamente aos estudos dos especialistas da área aos Enunciados das Jornadas de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal.

No presente artigo serão analisados dois enunciados<sup>91</sup> da II Jornada de Direito Comercial, o de número 77 e 78. Os entendimentos neles elucidados ampliam a possibilidade da sociedade empresária alcançar em maior período, desde que, com a anuência da Assembleia Geral de Credores, a recuperação judicial, não convalidando em falência.

Nos casos em que a empresa em recuperação não realiza o pagamento na forma do plano de recuperação judicial, diante da Lei, deveria se decretar a falência, entretanto a jurisprudência evoluiu para o sentido da realização de nova assembleia de credores com intuito do plano de recuperação se readequar para esse fim.

---

<sup>91</sup> Enunciado 77: As alterações do plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia geral de credores, e a aprovação obedecerá ao quorum previsto no art. 45 da Lei nº 11.101/05, tendo caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação judicial, observada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05, ainda que propostas as alterações após dois anos da concessão da recuperação judicial e desde que ainda não encerrada por sentença.

Enunciado 78: O pedido de recuperação judicial deve ser instruído com a relação completa de todos os credores do devedor, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive fiscais, para um completo e adequado conhecimento da situação econômico-financeira do devedor



No primeiro capítulo I, inicialmente, deste trabalho, será apresentado o princípio da preservação da empresa insculpido no art. 47 da Lei 11.101/05.

Para finalizar o primeiro capítulo, será introduzido o problema da convalidação em falência das empresas, que poderiam diante do enunciado 77, continuar a recuperação judicial e pagando os credores.

No capítulo II será demonstrado o interesse dos credores, que diante do art. 35, no inciso I, letra “f”, não proíbe a continuidade da recuperação judicial, após assembleia realizada dois anos após sua concessão, o que esbarrava na regra do art. 61 desta Lei.

Em seguida, será demonstrada, em apertada síntese, a realidade das empresas que se deparam com uma crise econômico-financeira, o que reforça a evolução da interpretação da Lei para o enunciado 77.

No capítulo III será apresentado o entendimento do enunciado 78, que visa ampliar a compreensão do julgador em relação a crise econômico-financeira, devendo o devedor apresentar o rol com todos os credores. Este enunciado amplia a Lei que não obrigava o devedor a apresentar todos os credores.

Portanto, este trabalho demonstrará a necessidade veemente de que uma empresa se mantenha no mercado, através do brilhante instituto da recuperação judicial em análise dos novos enunciados que unificam a aplicação coerente dos tribunais, por meio da jurisprudência atual que em síntese, adentra a realidade prática da sociedade empresária.

## 2. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA

O real sentido da recuperação judicial diante dos problemas econômicos-financeiros que o devedor sofre, é o resgate do exercício da função social. Neste nuançe o professor Fabio Ulhoa Coelho<sup>92</sup> explica:

No Brasil, a Lei contempla duas medidas judiciais com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. De um lado, a recuperação judicial, de outro, a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação

<sup>92</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. *Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 72.

da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social.

E o sentido dos direitos fundamentais, segundo Konrad Hesse citado por Gilmar Mendes<sup>93</sup> não é uniforme. “A razão é bem conhecida: o conteúdo concreto e a significação dos direitos fundamentais para um Estado dependem de numerosos fatores extrajurídicos, especialmente das peculiaridades, da cultura e da história dos povos”.

No interior dos Estados Democráticos, o modo como são tratados os direitos fundamentais varia. Konrad Hesse lembra que “as soluções oscilam desde a regulação por um catálogo minucioso de direitos fundamentais na Constituição (como acontece na Alemanha), ou remeter-se a uma declaração histórica de direitos humanos (como na França), até reconhecer a vigência aos direitos fundamentais como garantias não escritas (como ocorre essencialmente na Grã-Bretanha). Da mesma maneira são diferentes o desenvolvimento concreto dos direitos fundamentais, na medida em que vinculam o legislador ou a fiscalização judicial para garantir sua observância”. Daí a conclusão de que “a validade universal dos direitos fundamentais não supõe uniformidade”.

O comercialista Celso de Oliveira cita Fábio Konder Comparato<sup>94</sup>, diante da recuperação econômica da empresa que enseja sobrevivência contemplando o princípio da função social, para corroborar a tese de que “o poder-dever do titular do controle é dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos”.

A função social representa o papel do empresário ou da sociedade empresária, isto, segundo Carlos Domingos<sup>95</sup>. Logo, o devedor que não consegue provar a função social que desempenhou através do balanço patrimonial e dos livros fiscais não é passível da recuperação judicial.

Segundo Posner<sup>96</sup>, a tutela dos interesses dos credores confirma a função social da empresa:

[...] “tutelar os interesses dos credores em um procedimento recuperatório é preservar a eficiência do mercado de cré-

<sup>93</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 229.

<sup>94</sup> OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências**. Thomson IOB, 2005. p. 237.

<sup>95</sup> DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: Livraria Jurídica, 2009. p. 80.

<sup>96</sup> POSNER, Eric A.; KORDANA, Kevin A. **A Positive Theory of Chapter 11**. The Social Science Research Network Electronic Paper Collection. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=137897](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=137897)>. Acesso em: 11 jan. 2011.

dito, facilitar a obtenção deste essencial fator de produção às empresas e, por fim, zelar pela preservação delas e sua função social.”

Outro elemento de fundamental relevância no processo recuperatório está na busca pela maximização dos ativos patrimoniais do devedor. Eric Posner salienta que é, na verdade, este o critério a ser adotado no momento de se optar entre a falência ou a recuperação do devedor. Para o citado autor a falência é a solução mais eficiente quando os ativos do devedor valem mais separados do que em conjunto enquanto a recuperação se aplicaria à situação oposta.

A preservação da empresa é viável se sua atividade é passível de reestruturação para se manter no mercado, bem como pela influência que gera no desenvolvimento econômico da região que está localizada. Por assim entender, o devedor deve sempre estar atento no que será deliberado pela aprovação dos credores no plano de recuperação judicial.

O plano de recuperação judicial demonstra a capacidade do devedor continuar no exercício da função social da sua propriedade. O princípio da supremacia da recuperação da empresa<sup>97</sup> é a marca da função social dentro da Lei de recuperação de empresas e falência.

O princípio do incentivo à manutenção de meios produtivos à empresa concede o privilégio geral de recebimento em caso de falência, aos credores quirografários que continuarem a prover bens e serviços à empresa em recuperação. Isso ocorre se o juiz conceder a recuperação da empresa, caso contrário só se recebe na falência, e como visto, tendo que pagar as dívidas tributárias na maioria das vezes, não sobra passivo para quitar os credores, tampouco os quirografários. Portanto, esse princípio que é baseado na função social da empresa é desprezado assim que se exige o art. 57.

No princípio da manutenção dos interesses dos credores, disposto no art. 47, o autor nos remete ao impedimento da desistência do devedor após

<sup>97</sup> Precedente STJ: CC 114987 / SP.CONFLITO DE COMPETÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO DA EMPRESA. 1) Apesar da execução fiscal não se suspender em face do deferimento do pedido de recuperação judicial (art. 6º, §7º, da LF n. 11.101/05, art. 187 do CTN e art. 29 da LF n. 6.830/80), submetem-se ao crivo do juízo universal os atos de alienação voltados contra o patrimônio social das sociedades empresárias em recuperação, em homenagem ao princípio da preservação da empresa. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO da Segunda Seção do STJ. Data do Julgamento 14/03/2011.

o deferimento do processamento do pedido de recuperação, submetendo à Assembleia de credores não somente a deliberação, como outras que possam afetar o interesse dos credores. Novamente esse princípio é aplicável se houver passivo da empresa devedora para quitar com os credores, porque não se fala em desistência daquilo que não é possível cumprir.

O princípio do incentivo à manutenção de meios produtivos à empresa concede o privilégio geral de recebimento em caso de falência, aos credores quirografários que continuarem a prover bens e serviços à empresa em recuperação. Isso ocorre se o juiz conceder a recuperação da empresa, caso contrário só se recebe na falência, e como visto, tendo que pagar as dívidas tributárias na maioria das vezes, não sobra passivo para quitar os credores, tampouco os quirografários.

No princípio da manutenção dos interesses dos credores, disposto no art. 47, o autor nos remete ao impedimento da desistência do devedor após o deferimento do processamento do pedido de recuperação, submetendo à assembleia de credores não somente a deliberação, como outras que possam afetar o interesse dos credores. Novamente esse princípio é aplicável se houver passivo da empresa devedora para quitar com os credores, porque não se fala em desistência daquilo que não é possível cumprir.

Na recuperação judicial compreende-se que o princípio objetivo é a supremacia da recuperação da empresa, como ensina Manoel Olivência Ruiz<sup>98</sup>, e há de se falar em princípios mais importantes como manutenção da fonte produtora, o incentivo à manutenção de meios produtivos à empresa, à manutenção dos interesses dos credores e a observação dos princípios da unidade, universalidade do concurso e igualdade de tratamento dos credores.

Portanto, diante de uma regra impeditiva, qual seja, a de convolar o plano de recuperação judicial em falência, tendo em vista os dois anos permitidos no art. 61, da Lei n.º 11.101/05, prevalece a norma permissiva que incentiva a função social da empresa, a manutenção de emprego, a supremacia da recuperação da empresa, o incentivo à manutenção de meios produtivos à empresa, a manutenção da fonte produtora, a livre iniciativa e o direito de

<sup>98</sup> RUIZ, Manoel Olivência. **La reforma del derecho de quiebra**. Espanha. p. 122. Citado por ABRAÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 32.

propriedade. E a norma imperativa (que estabelece comando ou proibição) cede sua aplicabilidade perante a norma permissiva.

### 3. O INTERESSE DOS CREDORES E A REALIDADE DA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA

O enunciado 77 da II Jornada de Direito Comercial seguiu o Interesse dos Credores, que mesmo diante da regra de convalidação em falência após 2 anos de concessão da recuperação judicial, e o não seguimento de algumas especificidades do Plano Geral de Credores, querem que a sociedade empresária mantenha-se em recuperação judicial.

77. As alterações do plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia geral de credores, e a aprovação obedecerá ao quorum previsto no art. 45 da Lei n.º 11.101/05, tendo caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação judicial, observada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05, ainda que propostas as alterações após dois anos da concessão da recuperação judicial e desde que ainda não encerrada por sentença. Referência legislativa: arts. 35, 45, 50, § 1º, 56 e 63 da Lei n. 11.101, de 9/2/2005.

Segundo o professor Pedro Rocha Olguin<sup>99</sup>, o art. 47, da Lei n.º 11.101/2005, traz em seu bojo sua essência:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e **dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa**, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

Quando a empresa se encontra em situação financeira de risco, são “colocados em xeque” os empregos de funcionários, a dignidade da pessoa humana, a circulação de capital no país.

A fonte produtora deve ser preservada e com isso os empregos e os interesses dos credores estarão garantidos, pois se a empresa está gerando capital, poderá quitar as suas dívidas, inclusive possibilitando a compra de subsídios.

O importante é a empresa evitar sua falência e manter suas atividades,

<sup>99</sup> Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=12689](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12689)>.

mesmo que pague suas dívidas em regime especial. A eventual quebra da empresa certamente causará danos em dimensões maiores ao Estado.

Na II Jornada de Direito Comercial o enunciado 77 foi fundamentado sob tais interesses, observe-se:

As alterações do plano de recuperação judicial devem ser submetidas à assembleia geral de credores, sendo que a aprovação obedecerá ao quorum previsto no art. 45 da Lei n. 11.101/05 e terá caráter vinculante a todos os credores submetidos à recuperação, observada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05, ainda que propostas as alterações após dois anos da concessão da recuperação judicial e desde que ainda não encerrada por sentença. Ainda que a alteração do plano seja proposta depois de dois anos da concessão da recuperação judicial, época em que tal recuperação, em tese, poderia ter sido encerrada caso não tivesse havido descumprimento do plano, nos termos do art. 63 da Lei n. 11.101/05, deve prevalecer a vontade da maioria presente à assembleia, com caráter vinculativo a todos os credores submetidos à recuperação judicial, respeitada a ressalva do art. 50, § 1º, da Lei n. 11.101/05.

A justificativa para o enunciado reside na tentativa de vincular as alterações do plano posteriores ao decurso de dois da concessão da recuperação a todos os credores submetidos à recuperação e não restringi-las apenas aos anuentes, que aprovaram as alterações do plano em assembleia, sob pena de desconsiderar a regra de maioria, típica das assembleias de credores, e tornar o prosseguimento da recuperação judicial inócuo.

Além disso, a mudança de cenário econômico pode inviabilizar o cumprimento do plano, o que levaria à decretação da falência da empresa. Em face do princípio da preservação da empresa, e de sua função social, recomenda-se envidar esforços para a adequação ou ajustes no plano, submetida a proposta, por analogia à regra do art. 56 da Lei n. 11.101/2005, à assembleia de credores que será soberana para deliberar a respeito, na forma do art. 35, inc. I, letra “f” da Lei n. 11.101/2005.

A interpretação literal e isolada do art. 61, § 1º, combinado com o art. 73, IV, poderia levar à conclusão de que o plano ao não ser cumprido importaria a convalidação da recuperação em falência, pura e simplesmente:

Art. 61. Proferida a decisão prevista no art. 58 desta Lei, o devedor permanecerá em recuperação judicial até que se cumpram todas as obrigações previstas no plano que se vencerem até 2 (dois) anos depois da concessão da recuperação judicial. § 1º Durante o período estabelecido no caput deste artigo, o descumprimento de qualquer obrigação prevista no

plano acarretará a convolação da recuperação em falência, nos termos do art. 73 desta Lei.

Art. 73. O juiz decretará a falência durante o processo de recuperação judicial:

[...]

IV – por descumprimento de qualquer obrigação assumida no plano de recuperação, na forma do § 1º do art. 61 desta Lei.

Porém, o próprio art. 35 da Lei, no seu inciso I, letra “f”, confere à Assembléia-Geral de Credores a atribuição de deliberar sobre “qualquer outra matéria que possa afetar os interesses dos credores”. Daí porque a conclusão de que aquilo que não está expressamente proibido na lei pode ser permitido.

Para esse efeito, o professor Fábio Ulhoa Coelho<sup>100</sup> esclarece:

Em princípio, é imutável esse plano. Se o beneficiado dele se desviar, corre o risco de ter a falência decretada.

Não pode, porém, a lei ignorar a hipótese de revisão do plano de recuperação, sempre que a condição econômico-financeira do devedor passar por considerável mudança. Nesse caso, admite-se o aditamento do plano de recuperação judicial, mediante retificação pela Assembléia de Credores. A retificação está sujeita ao mesmo quórum qualificado de deliberação previsto para aprovação do plano original.

Se pretender o aditamento, o beneficiado deve aduzir requerimento acompanhado da exposição circunstanciada dos fatos que fundamentam a revisão do plano.

Nesse sentido, o Desembargador Relator Luís Augusto Coelho Braga, que julgou o Agravo de Instrumento n.º 70044939700, da Comarca de Lajeado, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), corrobora o aludido entendimento, de que pela preservação da empresa deve-se primeiro observar, *in casu*, o interesse dos credores:

[...] Concluindo, cuida-se de pedido de convocação de nova assembléia de credores, formulado pela empresa recuperanda, com o intuito de apresentar proposta de modificação do plano anteriormente aprovado. É situação não prevista pela lei que, ao mesmo tempo, não está nela vedada. As particularidades do caso concreto, em face do princípio da preservação da empresa, pela sua função social, na forma do art. 47 da Lei n. 11.101, recomendam seja concedida a oportunidade.

**Não vejo prejuízo em oportunizar aos credores que se**

<sup>100</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 171.

**manifestem a respeito da proposta de modificação do plano. É fato incontroverso que a agravante está em mora quanto ao cumprimento do plano, o que de certo modo teve a concordância tácita de todos os que estão afetos ao plano, porque até então não se insurgiram. Como já se passaram tantos meses, não há mal algum em conceder-se essa derradeira oportunidade de readequação do plano, com o objetivo maior da preservação da empresa, que exerce na comunidade local importante função social, antes já destacada. (grifos editados)**

A 1ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, também, confirma este entendimento.

1ª TURMA CÍVEL Classe : APELAÇÃO

N. Processo : 20080111030837APC (0039679-15.2008.8.07.0015)

Apelante(s) : AGROPECUARIA VALE DO ARAGUAIA LTDA Apelado(s) : NAO HA

Relator : Desembargador TEÓFILO CAETANO Revisora : Desembargadora SIMONE LUCINDO Acórdão N. : 835046 EMPRESARIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRAZO. EXPIRAÇÃO. ENCERRAMENTO. PLANO DE REORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL. PRAZO DE EXECUÇÃO. PRORROGAÇÃO. REQUISITOS. CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA. ELEMENTOS. AUSÊNCIA. PRORROGAÇÃO INVIÁVEL. OBJETIVO ALCANÇADO. PRESERVAÇÃO DO OBJETIVO DA RECUPERAÇÃO E DOS PRINCÍPIOS QUE PAUTAM A LIVRE INICIATIVA E O LIVRE FUNCIONAMENTO DO MERCADO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O princípio da preservação da empresa, conquanto constitua pauta da Lei nº 11.101/05 e decorra do princípio constitucional da função social da propriedade e dos meios de produção, destinando-se não só à salvaguarda dos interesses do agregado empresarial, mas de seus empregados e do mercado, pois a continuidade de suas atividades consulta com o interesse público e com o primado da livre iniciativa (art. 47), não pode ser invocado para justificar de forma ampla, abstrata e ilimitada a manutenção da empresa em recuperação judicial se, em contraponto, inexistir justa causa para a perduração dos efeitos da recuperação judicial.

2. Expirado o período de execução do plano de reorganização empresarial inicialmente ratificado, a prorrogação da medida pressupõe a subsistência das causas que ensejaram, a princípio, a concessão da recuperação judicial, notadamente elementos que evidenciem a crise econômico-financeira que afeta a empresa recuperanda, como a existência de dívidas cuja expressão suplante sua capacidade



lucrativa, não se legitimando que, em flagrante desvirtuamento da teleologia emanada do instituto, a benesse seja prorrogada com o objetivo de blindá-la contra a cobrança de eventuais credores remanescentes quando já habilitada a suportá-las segundo as regras ordinárias do mercado inerentes à livre iniciativa.

3. Aferido que, ressaltando-se os débitos de natureza fiscal que ainda afetam a empresa em recuperação, todos os créditos submetidos à recuperação judicial, devidamente habilitados, foram por ela quitados, não se pode afirmar que, enquanto empresa em recuperação, se reveste de interesse e lastro legal para pleitear a continuidade da recuperação judicial, notadamente quando não é possível sequer se aferir que remanescem os débitos que teriam engendrado sua penúria financeira, ensejando a germinação da crise financeira que determinara sua inserção em processo de recuperação judicial.

4. O sistema jurídico que rege as falências e as recuperações judiciais, a par de privilegiar o soerguimento econômico da empresa que apresenta dificuldades financeiras, estabeleceu exceções aos efeitos da execução concursal, fixando que os créditos tributários não se submetem à recuperação judicial, ensejando que, independentemente do que restara estipulado no plano de recuperação judicial, o pagamento dos tributos devidos pela recuperanda deverá observar as normas específicas a respeito da exigibilidade das obrigações de natureza tributária (CTN, art. 187; Lei nº 11.101/05, art. 6º, § 7º).

5. Considerando que os créditos de natureza fiscal e tributária não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial, afigura-se inexorável a apreensão de que, conquanto as elevadas dívidas tributárias que ainda acoimam a recuperanda possam, em tese, comprometer seu equilíbrio financeiro, não podem ser por ela usadas como fundamento à concessão ou à prorrogação da sua recuperação judicial quando já cumpridas as demais obrigações ordinárias compreendidas no plano de recuperação aprovado.

**6. Conquanto o instrumento legislativo vigente não estabeleça, de forma expressa, a possibilidade de prorrogação da recuperação judicial, derivando o instituto da prorrogação de construção doutrinária e jurisprudencial mediante criação interpretativa coadunada com o objetivo teleológico da recuperação, que é viabilizar a preservação das atividades da sociedade empresarial que atravessa situação de crise, prevenindo-se que venha a ser afirmada sua falência quando viável a recuperação da sua higidez financeira e viabilidade mercadológica, a prorrogação somente é legitimada se sobrejante a situação que**

**ensejara a concessão da recuperação judicial, inclusive porque não há como se confundir o prazo de vigência do regime da recuperação judicial com o prazo de reorganização homologado, que poderá ultrapassar o prazo ordinariamente fixado para vigência do regime da recuperação judicial (Lei nº 11.101/05, art. 61).**

7. Apelação conhecida e desprovida. Unânime.

O art. 35, inciso I, letra “f” se esbarra no limite temporal do art. 61, § 1º, ambos da Lei n.º 11.101/05 e o liame encontrado entre as duas regras, foi o enunciado 77 que corrobora a jurisprudência dos Tribunais Estaduais, ou seja, se é de interesse dos credores, ainda que passado os dois anos e não esteja sendo cumprida alguma obrigação, em Assembleia, os credores podem manifestar-se pelo interesse da manutenção da sociedade empresária em recuperação judicial.

Enfim, o professor Edilson Enedino das Chagas<sup>101</sup>, juiz titular da Vara de Recuperação Judicial e Falência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, expõe que “se a Assembleia Geral de Credores determinar algo, não pode o juiz decidir contra, pois o art. 47 da Lei nº 11.101/05 determina que os interesses dos credores vem em primeiro lugar”<sup>102</sup>.

A Lei n. 11.101/05 estabelece um procedimento de jurisdição voluntária ao criar o processo de recuperação judicial, uma vez que nele não há litígio. [...] A recuperação judicial depende da aquiescência da maioria dos credores, e não de decisões judiciais. Tem-se um processo em que há um autor e nenhum réu, já que os credores vierem a ser alcançados pela nova fórmula de pagamento dos débitos, o plano de recuperação judicial, são os juízes da causa, e mais de dois, que esteja em crise econômico-financeira, poderá requerer em juízo sua recuperação judicial. [...]

Ao juiz incumbirá dirigir o feito e ratificar as deliberações dos credores, observando os ditames legais quanto ao procedimento e aos pressupostos formais e materiais.

Portanto, não cabe ao juiz competente um juízo discricionário sobre a possibilidade ou análise da capacidade econômico-financeira para homologar novo Plano de Recuperação Judicial apresentado e confirmado pela Assembleia Geral de Credores que determina, sendo essa a inteligência do Enunciado 77.

Ademais, em julgado no TJRS, da 6ª Câmara Cível, o Desembargador

<sup>101</sup> CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 996.

<sup>102</sup> Paráfrase de aulas de Direito Falimentar na Pós-Graduação de Direito no UniCEUB (2014)

Relator Artur Arnildo Ludwig, citou o entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre a não discricionariedade do juiz para o caso em tela, elucidando ainda mais o enunciado 77.

[...] Fábio Ulhoa Coelho explica que se aprovado o plano pelos credores, o juiz será informado e concederá a recuperação judicial: “o juiz limita-se a homologar a aprovação do plano pelos credores”.

No mesmo sentido a lição de Waldo Fazzio Jr., o qual refere que “uma vez referendado o plano pela assembléia geral de credores, sob qualquer um dos critérios legais, o juiz o deferirá, constituindo-se referida sentença em título executivo judicial”. E completa, em nota de rodapé, que na maioria dos países só existe o referendo dos credores ao plano, não carecendo de homologação judicial.

Assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, pelo julgamento do AI n. 789156-SP, em 14 abr. 2011, através da Ministra Carmem Lúcia, em face de não caber ao magistrado um juízo de discricionariedade do plano de recuperação, senão a análise do ponto de vista da sua legalidade.

#### **4. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E CONDIÇÃO DA CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA**

A habilitação da relação dos credores na recuperação judicial, requisito formal, é de forma sintética a motivação do enunciado 78, uma vez que, a transparência do rol de credores, faz com que a habilitação dos credores<sup>103</sup> e aprovação do plano de recuperação se dê de forma rápida e eficiente, dando aos credores a visão da realidade econômico-financeira da empresa em pleito de recuperação.

O enunciado 78 da II Jornada de Direito Comercial apresenta a importância da transparência do devedor perante os credores.

O pedido de recuperação judicial deve ser instruído com a relação completa de todos os credores do devedor, sujeitos ou não à recu-

<sup>103</sup> É requisito forma para apreciação do pedido de recuperação judicial a apresentação da relação dos credores do devedor empresário que pleiteia o benefício, documento que deve ser juntado à petição inicial. É o que prevê o art. 51, inc. III, da Lei n. 11.101/05. Tal exigência tem a finalidade de chamar ao processo de recuperação judicial todos os credores por ela atingidos, para que eles tenham a oportunidade de apresentar eventuais objeções ao plano de recuperação judicial, será ela publicada no primeiro momento possível, que é aquele em que se publica a decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial”. Juiz titular da Vara de Falência do TJDF - Edilson Enedino das Chagas. Direito Empresarial Esquematizado. op.cit.p.774.

peração judicial, inclusive fiscais, para um completo e adequado conhecimento da situação econômico-financeira do devedor.

O autor Tadeu Rover<sup>104</sup> apresentou em matéria do sítio eletrônico *Conjur* a posição dos advogados Lígia Ribeiro e do, também, administrador judicial, Ronaldo Vasconcelos, diante do referido enunciado:

O enunciado 78, também destacado por ambos, diz que: “o pedido de recuperação judicial deve ser instruído com a relação completa de todos os credores do devedor, sujeitos ou não à recuperação judicial, inclusive fiscais, para um completo e adequado conhecimento da situação econômico-financeira do devedor”.

Na opinião de Vasconcelos, “ao analisar a relação completa de débitos, inclusive os fiscais, o juiz poderá analisar melhor a viabilidade econômica do plano apresentado”. Lígia Ribeiro concorda pois em alguns casos as dívidas fiscais são altas e podem inviabilizar a recuperação da empresa.

“A apesar de não haver previsão expressa sobre os créditos extraconcursais, a doutrina já defendia a inclusão dos credores não sujeitos à recuperação judicial em tal relação. Isso porque, para permitir aos credores uma real análise da possibilidade de soerguimento da empresa é importante que se tenha conhecimento real de todo a dívida da empresa, sujeito, ou não, à recuperação judicial”

A transparência do devedor perante os credores torna o procedimento da recuperação judicial mais eficiente e certamente os convence que o devedor quer se manter no mercado, quitar suas dívidas e prosseguir com sua empresa.

A justificativa da II Jornada de Direito Comercial define que a transparência do devedor perante a Assembleia Geral de Credores tem o seguinte contexto:

O inc. III do art. 51 da LRF não distingue entre créditos sujeitos ou não à recuperação judicial. Ao contrário, requer a relação completa dos credores e, pela referência expressa às obrigações de fazer e de dar, evidencia o escopo de obter uma relação o mais completa possível dos créditos do devedor, o que tem sido reconhecido pela doutrina e por exemplares de decisões judiciais. Nada obstante, a observância desta exigência legal não tem sido prática constante em boa parte das recuperações judiciais, tornando precárias as informações disponíveis a respeito do devedor, comprometendo-se a racionalidade das deliberações dos credores. É essencial, para uma adequada deliberação do credor quanto ao plano de recuperação judicial, que o devedor assegure o pleno conhe-

<sup>104</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-31/advogados-destacam-novos-enunciados-recuperacao-judicial>>.

cimento de sua situação econômico-financeira. Trata-se de uma decorrência natural do princípio da boa-fé objetiva, a exigir a transparência do devedor para a perfeita compreensão de sua condição econômico-financeira pelos credores.

Já o enunciado 79 segue o entendimento do 77, ressaltando os credores titulares de créditos enquadrados como microempresa e empresa de pequeno porte<sup>105</sup>. O enunciado 77 explorado no capítulo anterior que configura a total relevância da Assembleia Geral de Credores dá o suporte necessário para que os titulares de crédito estampados no enunciado 79 também, possam fazer parte do rol de credores, ainda que nos termos do art. 45, da Lei nº 11.101/05, não tenha obtido a aprovação de todas as classes de credores.

79. O requisito do inc. III do §1º do art. 58 da Lei n. 11.101 aplica-se a todas as classes nas quais o plano de recuperação judicial não obteve aprovação nos termos do art. 45 desta Lei. Referência legislativa: art. 58, § 1º, inc. III, da Lei n. 11.101, de 9/2/2005.

A justificativa da II Jornada de Direito Comercial sobre o enunciado 79 é bastante clara ao dispor que, apesar da dificuldade da aplicação

---

<sup>105</sup> As microempresas e empresas de pequeno porte leciona Paulo Roberto Colombo Arnoldi, representam expressivo seguimento empresarial no Brasil, ou seja, 98% (noventa e oito por cento), empregando 60% (sessenta por cento), da mão de obra com vínculo trabalhista[30]. O número de micro e pequenas empresas em algumas regiões de governo do interior paulista teve um crescimento acima da média em todo o Estado de São Paulo [...] Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2724](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2724)>.

do mecanismo de *cram down*<sup>106</sup> o requisito do art. 58, §1º, inciso III da Lei n.º 11.101/05 deve ser exigido em relação a todas as classes de credores, a fim de assegurar um equilíbrio nas disposições do plano geral de credores.

Da recente alteração promovida na Lei n. 11.101/2005 pela Lei Complementar 147/2014, a qual criou uma nova classe de credores na recuperação judicial - classe IV, titulares de créditos enquadrados como microempresa ou empresa de pequeno porte - resultou grave dificuldade interpretativa para a aplicação do mecanismo do chamado *cram down*, tendo em vista que da dicção legal extrai-se que seria possível a concessão da recuperação judicial ainda que o plano de recuperação judicial fosse rejeitado em duas classes de credores. Porém, quanto à prevalência ou não da exigência constante do inc. III do §1º do art. 58 (voto favorável de mais de um terço dos credores na classe que houver rejeitado o plano), em relação a todas as classes que tenham rejeitado o plano, há distintas correntes em formação. Como são pontos críticos a concessão da recuperação judicial e a exigência de um voto favorável de, pelo menos, um terço dos credores nas classes recalcitrantes, visando assegurar um melhor equilíbrio nas disposições do plano no âmbito de uma mesma classe, entende-se relevante firmar um entendimento no sentido de que o requisito do inc. III do §1º do art. 58 da Lei n. 11.101 deve ser exigido em relação a todas as classes de credores nas quais o plano de recuperação judicial não obteve aprovação nos termos do art. 45 desta Lei.

O professor Eduardo Goulart Pimenta da UFMG e PUC-MG, ensina, com base no julgamento do Agravo de Instrumento n.º 994.09.282275-1, da Câmara Reservada a Falências e Recuperação, de relatoria do

---

<sup>106</sup> O professor Eduardo Goulart Pimenta, nos elucida o instituto do *cram down*:

Dá-se o nome de *Cram Down* à possibilidade de reversão, pelo magistrado, da deliberação da Assembleia Geral de Credores que rejeita o plano de recuperação judicial apresentado por empresário ou sociedade empresária. De origem norte-americana, o instituto do *Cram down* admite, naquele ordenamento, que o juiz possa aprovar o plano de recuperação judicial apresentado se constatar que a classe de credores que o tenha rejeitado recebeu, do plano, tratamento *fair and equitable*, cuja verificação, por sua vez, condiciona-se à *absolute priority rule*. A *absolute priority rule* estabelece, em síntese, que os credores de uma determinada classe, mais privilegiada que outra na ordem falimentar de pagamento, tem o direito de receber integralmente seus direitos no processo recuperatório antes que a menos privilegiada receba algo. "In a Chapter 11 reorganization, senior creditors are, in principle, entitled to insist upon "absolute priority." They have a right to be paid in full before junior investors receive anything. This "fixed principle" has been the foundation of our corporate reorganization laws for decades". BAIRD, Douglas G.; BERNSTEIN, Donald S. Absolute priority, valuation uncertainty, and the reorganization bargain. *The Chicago Working Paper Series*. Index: <<http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>>. September 2005. Acesso em: 21 fev. 2010. p. 5.

Desembargador Romeu Ricupero, que o instituto *cram down* importado do direito norte-americano é um mecanismo que deve ser utilizado, que ademais, é confirmado pelo enunciado 79.

A Assembleia Geral de Credores de Sociedade X, requerente de recuperação judicial, instalou-se para a aprovação ou não do plano apresentado pela devedora. Os credores participantes foram divididos nas três classes legalmente estabelecidas (art. 41 da Lei n. 11.101/05).

Nesta Assembleia a classe dos credores com garantia real compunha-se exclusivamente de uma instituição bancária, detentora da totalidade dos créditos desta natureza abarcados pelo plano e pelo procedimento recuperatório.

O plano de recuperação foi aprovado pelas classes de credores de natureza trabalhista e quirografária sendo, entretanto, rejeitado pelo único credor com garantia real, o que representou, obviamente, a não aprovação do plano por cem por cento dos credores desta classe.

O magistrado responsável pelo processo decidiu, porém, conceder o pedido recuperatório com base no art. 58 da Lei n 11.101/05 (o chamado Cram Down), apesar de reconhecer que não restavam atendidos todos os requisitos legais para aplicação do dispositivo legal invocado.

Ressaltou o magistrado que os requisitos para a aplicação do Cram Down restavam inaplicáveis (e, portanto, inexigíveis) pela circunstância de uma só instituição bancária compor a totalidade da classe dos credores com garantia real.

Portanto, não será possível a anuência de todos os credores quanto ao plano de recuperação judicial, e *in casu*, a aplicação do *cram down* as microempresas e empresas de pequeno porte se tornou um desafio, pois a exigência de aprovação de um terço pelas classes menores é difícil de ser alcançada.

A regra do enunciado 79, no entanto, aplica-se as microempresas e as de pequeno porte. Assim, os enunciados 77 a 79 se complementam e confirmam as práticas pleiteadas pelas empresas em recuperação e pelos credores que, diante da situação econômico-financeira da empresa querem receber seus créditos de forma equilibrada, dando mais eficácia ao princípio da preservação da empresa, estampado no art. 47, da Lei n.º 11.101/05.

## 5. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou o estudo da aplicação do instituto da recuperação judicial no Brasil e as peculiares formas de obstáculos. Com base

nos enunciados 77 a 79 da II Jornada de Direito Comercial, compreendeu-se a evolução do entendimento jurisprudencial dos especialistas diante das normas da Lei n.º 11.101/05. Principalmente, no que envolve a aprovação do Plano de Recuperação Judicial, conhecimento do rol de credores e a possibilidade de aprovação do mesmo, mediante o mecanismo de *cram down*.

O instituto da recuperação judicial é a evolução da antiga concordata. Entende-se que a evolução da recuperação das empresas não ficou somente na Lei n.º 11.101/05 na forma literal. Vê-se que nas Jornadas de Direito Comercial os especialistas atentaram-se ao princípio máximo da Lei, que é a preservação e manutenção da empresa.

Os enunciados baseiam-se diretamente e indiretamente no art. 47, da Lei n.º 11.101/05, dando ao devedor a capacidade, com base na boa-fé objetiva de conquistar os credores, ainda que não cumprindo fielmente o plano de recuperação judicial, de se manter no *status* de recuperação sem ter a concessão convalidada em falência.

Assim, os enunciados são uma resposta bastante positiva dos julgadores à Lei de Falência e Recuperação Judicial, observando até mesmo os credores recalcitrantes, tais como as microempresas e as empresas de pequeno porte.

## 6. REFERÊNCIAS

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. **Comentários à nova lei de falências e de recuperação de empresas**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **As fases da recuperação judicial**. Curitiba: Livraria Jurídica, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Comentários à Nova Lei de Falências**. Thomson IOB. 2005. p. 237.

<[www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos)>. **Os limites jurisdicionais do direito de voto em recuperação de empresas**.



POSNER, Eric A.; KORDANA, Kevin A. A Positive Theory of Chapter 11. The Social Science. **Research Network Electronic Paper Collection**: <[http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=137897](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=137897)>. Acesso em: 11 jan. 2011.

ABRAÃO, Nelson. **Sociedade por quotas de responsabilidade limitada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.



# INTERVENÇÃO E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO SISTEMA FINANCEIRO BRASILEIRO - ESTUDO DE CASO “BANCO CRUZEIRO DO SUL”

Rafael Chaves de Carvalho<sup>107</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Saneamento do Sistema Financeiro Brasileiro. 2.1. Evolução Normativa e Estrutural das Políticas de Saneamento do Sistema Financeiro. 2.2. O Marco Regulatório. 3. O Processo de Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Bancário 3.1. Procedimentos relativo à Intervenção. 3.2. Procedimento Relativo à Liquidação Extrajudicial. 4. Estudos de Caso “Banco Cruzeiro do Sul.” 5. Conclusão. 6. Referências.

## RESUMO

Em vista dos presentes abalos sistêmicos proporcionados pelas Instituições Bancárias aos Sistemas Financeiros no Brasil e no mundo, o presente trabalho tem como escopo o desenvolvimento de estudo crítico baseado na fundamentação descritiva do processo de saneamento vigente destas Instituições Financeiras, materializado no processo de Intervenção e Liquidação Extrajudicial, exercido em escala federal, pelo Banco Central do Brasil, tomando como marco o estudo analítico do caso presente do “Banco Cruzeiro do Sul”. De forma objetiva, o trabalho primeiramente perpassa em um breve histórico das medidas de saneamento do sistema financeiro brasileiro, desencadeando nos fundamentos do Processo de Intervenção e Liquidação Extrajudicial no sistema bancário, seus conceitos, atribuições, críticas e diferenciações ao processo falimentar da Lei nº 11.101/03. Por fim, detalharemos as ocorrências que envolvem o caso prático do Banco Cruzeiro do Sul e suas especificidades.

**Palavras-chave:** LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. INTERVENÇÃO DO BANCO CENTRAL. BANCO CRUZEIRO DO SUL.

## ABSTRACT

In view of the present systemic shocks provided by banking institutions to the Financial Systems in Brazil and in the world, this work has the objective to develop critical

---

<sup>107</sup> Mestrando. rafaelchavescarvalho@yahoo.com

study based on descriptive basis of the current restructuring process of these financial institutions, materialized in the intervention and settlement extrajudicial process, exercised at the federal level, the Central Bank of Brazil, taking as a landmark the analytical study of the case of the “Banco Cruzeiro do Sul”. Objectively, work primarily pervades in a brief history of the reorganization measures of the Brazilian financial system, triggering the fundamentals of extrajudicial intervention and settlement process in the banking system, its concepts, assignments, criticism and differences to bankruptcy proceedings of Law nº 11.101/03. Finally, we detail the events surrounding the practical Banco Cruzeiro do Sul case and its specificities.

**Keywords:** EXTRAJUDICIAL SETTLEMENT OF FINANCIAL INSTITUTIONS. CENTRAL BANK INTERVENTION. BANK CRUZEIRO DO SUL.

## 1. INTRODUÇÃO

Após acontecimentos recentes que envolveram da crise financeira iniciada em meados de 2008, torna-se impossível falarmos de equilíbrio na economia, sem incluir nesta discussão alguns tópicos bastante relevantes que tratam acerca do saneamento e da estruturação dos Sistemas Financeiros dos países, sobretudo, ao tratamento específico do Sistema Bancário Brasileiro.

Traremos um breve exame da história relativa ao tema, que demonstra que para a devida construção de um sistema bancário saudável, é necessária a criação de uma rede de proteção que garanta direitos e deveres que possam asseverar eventuais impactos negativos na casualidade de insolvência dos agentes financeiros. Vista a sua afetação sobre a política econômica e a influência direta destas instituições na economia do Estado e, conseqüentemente, irrompendo na economia popular de sua população.

Assim, de forma bastante simplória, é importante compreendermos a necessidade de discussão acerca do modelo de organização desta rede de sustentabilidade financeira como algo permanente, inclusive, em função dos percalços recorrentes de crises que envolvem estas instituições financeiras, apesar do arcabouço normativo já existente.

No Brasil, a materialização deste controle institucionalizado pelo Estado ocorre através da promulgação da Lei nº 6.024/74, que estabeleceu o processo de intervenção e liquidação extrajudicial no sistema bancário, em procedimento

realizado através do Banco Central do Brasil, o qual estudaremos com mais afinco nas páginas a seguir.

Na mesma toada, permita-nos apresentar breve ensaio de análise com o foco em um processo administrativo de liquidação extrajudicial vigente específico, cujo partícipe envolve o caso da Instituição Financeira "Banco Cruzeiro do Sul" e suas demais *holdings*, que, apesar de se tratar de um caso bastante atual nos causou curiosidade em função de suas peculiaridades e cujo desfecho ainda encontra-se bem distante de um final.

Com vista a alcançar a nossa meta de desenvolvimento do tema, o desenvolvimento da busca de material de pesquisa perpassa, desde questionamentos diretos feitos a Coordenação de Liquidações Extrajudiciais do Banco Central, envolvendo a leitura analítica dos principais doutrinadores sobre o assunto, incluindo a análise minuciosa da legislação pátria.

De modo a facilitar a compreensão didática quanto ao tema, fundamentalmente o presente trabalho foi então estruturado em três capítulos, delineados conforme a orientação abaixo.

No primeiro capítulo, apresentamos a proposta de uma breve discussão acerca da importância do saneamento do sistema financeiro brasileiro, trazendo à tona o seu contexto histórico, a finalidade legislativa e o marco regulatório vigente.

O segundo capítulo proporciona uma análise sobre o processo de intervenção e liquidação extrajudicial no sistema bancário, perpassando um estudo sobre a legislação vigente com enfoque a disparidade do tema ao processo falimentar comum.

Porquanto, o terceiro capítulo já munidos da parte conceitual, desembocamos em estudo de caráter material de estudo de caso envolvendo a instituição financeira "Banco Cruzeiro do Sul", restando a finalização do texto com uma breve conclusão deste ensaio.

## **2. SANEAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO BRASILEIRO**

Em um primeiro momento, permita-nos propor uma definição adequada ao termo "saneamento", visto que se trata de peça fundamental para o alicerce definitivo da ideia do trabalho a ser conduzido. Neste caso, é interessante que passemos pelo conceito constante do glossário presente ao sítio eletrônico do

Banco Central do Brasil, que figura como a autoridade máxima do Sistema Financeiro Nacional Brasileiro, o qual conceitua o termo como o:

Conjunto de atividades voltadas para manter o dinheiro em circulação em boas e seguras condições de uso. É constituído por dois processos: retirada das cédulas falsas e substituição das cédulas desgastadas e/ou descaracterizadas.<sup>108</sup>

Em um primeiro momento, podemos compreender que a formulação do conceito apresentado volta-se à uma finalidade precípua de emissão de papel moeda, sendo esta, uma competência exclusiva desenvolvida por daquela autarquia, conforme preceitua o inciso I, do art. 10, da Lei n. 4.595/64<sup>109</sup>.

No entanto, é relevante salientar que a ideia da manutenção da circulação do dinheiro, de modo a evitar a sua escassez, não nos é um argumento tão distante do que realmente buscamos para definirmos o tema, já que estamos falando de instituições financeiras.

Neste sentido, podemos depreender do conceito apresentado que o termo “saneamento”, para o contexto da economia, poderia ser utilizado como sendo o conjunto de atividades voltadas para a manutenção do mercado de forma a evitar o desequilíbrio conjectural da economia.

Em resumo, são ações que, a partir do nosso objeto de estudo, podem ser compreendidas como profilaxia à fase patológica da vida das instituições financeiras, com o intuito de socorrer o mercado de modo a evitar possíveis insolvências ou crises, sobretudo, das instituições financeiras, que sob a ameaça destes acabam por infectar outros ramos da cadeia do próprio sistema, o chamado risco sistêmico, ou mesmo da sociedade como um todo.

Quanto a sua natureza, não há que se negar que as Instituições Financeiras são sociedades empresárias bastante diferentes das sociedades comuns, tanto por sua importância junto a economia, fator este, que justifica seu tratamento de modo diferenciado em relação a outras atividades.

Torna-se clara a necessidade de uma supervisão ímpar por parte do ente estatal, justificadas pela inquestionável afetação social, a sua movimentação

<sup>108</sup> Referência conceitual encontrada no sitio do Banco Central do Brasil no seguinte endereço eletrônico: <<http://www.bcb.gov.br/glossario.asp?Definicao=597&idioma=P&idpai=GLOSSARIO>>. Acesso em: 08 ago. 2013.

<sup>109</sup> O texto a que a citação faz referência é o contido na lei supracitada (in verbis): Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: I - Emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional.

imensurável de valores e da possibilidade de dano potencial da contaminação reflexa a outros ramos da economia atrelados ao sistema.

Em meio a este emaranhado complexo, do outro lado desta relação encontramos o consumidor, estereotipado neste caso ao pequeno depositante comum, que em função da assimetria de informações, jamais seria capaz de avaliar corretamente o futuro desempenho de uma Instituição Financeira.

Diante desse cenário, poderíamos citar vários outros argumentos para a justificativa de eventuais atuações regulatórias por parte do Estado no setor, tais como: a criação de cláusulas de barreira para a inserção novas instituições no mercado, o incremento da defesa da concorrência no setor ou, a adoção de medidas estruturais e de *compliance*, visando a proteção ao investidor.

Assim, de acordo com seu propósito de intermediação financeira, torna-se de fato, justificável um tratamento diferenciado pelo Estado em caso de insolvência destas Instituições Financeiras, muito embora seja possível incorrerem em soluções convergentes de procedimentos falimentares em concordância às medidas adotadas nos demais ramos comuns da sociedade, no caso do Brasil à Lei nº 11.101/03, a Lei de Falências, cujo pressuposto veremos nos capítulos a frente.

## **2.1. Evolução normativa e estrutural das políticas de saneamento do sistema financeiro**

Em breve histórico acerca do tema, destacamos o surgimento de algumas normas que visaram a proteção ao sistema financeiro nacional, especificamente aquelas que propiciaram a surgimento do instituto da liquidação extrajudicial das instituições financeiras no Brasil.

Numa cronologia que envolve a evolução continuada da regulação e intervenção (no sentido lato) em que o poder público toma parte voluntariamente no funcionamento das atividades financeiras, podemos de início, citar a promulgação do Decreto nº 575 de 1849<sup>110</sup>, que determina que o governo poderia, espontaneamente, dissolver as empresas consideradas "bancárias", em caso de possível inobservância da legislação própria a que estavam sujeitas, desde que estas se encontrassem organizadas sob a forma de sociedade anônima.

<sup>110</sup> Importa salientar que a norma, *ipsis litteris*: "Estabelece regras para a incorporação de quaisquer Sociedades anônimas", onde incluem-se as que exercem atividades consideradas bancárias.

Contudo, apesar do caráter precursor que envolve uma primeira preocupação do Estado em relação a matéria, impossível tratar da intervenção do Estado no sistema financeiro e não citar a realização do Decreto nº 3.309 de 1864<sup>111</sup>, promulgado em meio à primeira crise em relação a moeda que se abatera sobre o País, em um momento histórico que envolve a guerra do Paraguai, entretantes, à queda do império e o próprio advento da própria República.

Em um momento em que o procedimento de liquidação ainda era realizado de forma judicial, aplicado de forma equânime à legislação falimentar ordinária, ao juiz da causa, já considerando a especificidade da matéria, passava a análise do caso a uma comissão formada por dois credores principais da massa e um fiscal designado pelo governo. Sendo tal privilégio conferido às instituições financeiras até o advento do Decreto nº 2.024 de 1908, que fez por consolidar a legislação falimentar vigente em todo o país.

Denotamos a promulgação do Decreto nº 19.479/30, cuja determinação emanada pelo governo intervencionista da Revolução de 1930<sup>112</sup>, decorre das consequências relativas a crise de 1929<sup>113</sup>.

Esse instrumento foi complementado por diversas vezes, tendo sofrido alterações no ano de 1946 e passando por reformulação em 1953, tendo como principal contribuição o impedimento das empresas bancárias à concordata preventiva, considerado um importante avanço a época relativo a matéria.

A figura da liquidação extrajudicial seria complementada pelo Decreto-lei nº 48, de 18 de novembro de 1966, estendendo a competência do Banco Central não apenas a decretação do próprio regime especial, conforme disposto na

<sup>111</sup> Em vista da crise institucional ocorrida na época, a norma é criada observando as diversas disposições extraordinárias durante a crise comercial em que se acha a praça do Rio de Janeiro, tratando em sua ementa justamente da regulação da falência dos Bancos e casas bancárias.

<sup>112</sup> A Revolução de 1930 foi um movimento armado, liderado pelos estados de Minas Gerais, Paraíba e Rio Grande do Sul, que resultou com um golpe de Estado, que depôs o presidente da república Washington Luís em 24 de outubro de 1930, impedindo a posse do presidente eleito Júlio Prestes. Em seu lugar assume Getúlio Vargas, num governo provisório.

<sup>113</sup> Também conhecida como a grande depressão, esta crise econômica teve início em 1929, persistindo ao longo da década de 1930, tendo seu fim apenas com a Segunda Guerra Mundial. Fica conhecido na história como o mais longo período de recessão no séc. XX.



legislação anterior<sup>114</sup>, todavia também consagrando ao órgão a competência de nomeação do liquidante da instituição bancária.

Com o instituto definitivamente consolidado e compreendendo um amplo espectro das instituições do mercado financeiro, evidenciamos a promulgação da Lei nº 6.024, promulgada em 13 de março de 1974, cujo objeto de estudo será mais profundamente desvendado nas páginas que virão a seguir.

## 2.2. O marco regulatório

Dentre as várias legislações que envolvem a matéria, podemos destacar como marco regulatório a promulgação da Lei nº 6.024, datada de 13 de março de 1974, vulgarmente conhecida como "Lei das Liquidações Extrajudiciais", sendo esta, norma vigente cuja aplicação envolve auxílio a Instituições Financeiras em situações de dificuldades financeiras que se encontram enquadradas de forma taxativa, nas hipóteses ensejadoras das medidas interventivas ou liquidatórias<sup>115</sup>, respectivamente.

Alguns estudiosos confirmam a inspiração da formação da norma advinda da legislação italiana decorrente do período da segunda guerra mundial, especificamente no régio Decreto nº 267, de 16 de março de 1942<sup>116</sup>, comparada a chamada *liquidazione coatta amministrativa*, promulgado por Mussolini, durante o apogeu do sistema fascista totalitário italiano.

Em suma, a Lei nº 6.024/74 evoca um procedimento de cunho meramente administrativo, cuja progênie remonta à falência judicial. De fato, assimilando-se em diversos fatores ao instituto falimentar jurisdicional, muito embora apresentando diversas peculiaridades específicas. Dentre as justificativas que ensejaram à adoção deste procedimento administrativo, além de sua independência em relação ao poder judiciário, encontrava-se como justificativas a sua celeridade, a sua maior mobilidade e a especialização.

De forma sintética, a celeridade ao processo seria conferida por se tratar de

<sup>114</sup> Até então, conforme disposição do regulamento aprovado pelo Decreto-lei nº 9.346, de 1946, competia ao Banco Central apenas a decretação do regime de liquidação extrajudicial, ficando a nomeação do liquidante a cargo do Ministro da Fazenda.

<sup>115</sup> As hipóteses de intervenção e liquidação encontra-se presentes, nos casos previstos nos artigos 2º e 15º da Lei nº 6.024/74.

<sup>116</sup> A norma em comento traz a seguinte ementa de: "Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa."

tema específico e de tratamento garantido pelo Banco Central, compreendido como sendo a instância mais especializada possível para o tratamento igualitário e isonômico entre as partes do procedimento.

Seu tratamento convém ao interesse público por implicar o temido “risco sistêmico”, que tem como pressuposto que um dano causado com a quebra de uma instituição financeira detém o potencial de prejuízo irreparável aos seus correntistas, a outras instituições e a economia do Estado como um todo.

Feitas tais considerações, passemos a análise do procedimento de intervenção e liquidação extrajudicial, sob uma ótica finalística, sem adentrarmos em procedimentos específicos, por entendermos serem de conhecimento público e bastante disseminado.

### **3. O PROCESSO DE INTERVENÇÃO E LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL NO SISTEMA BANCÁRIO**

Embora saibamos que os procedimentos de intervenção e de liquidação extrajudicial não se resumem estritamente ao sistema financeiro, a realização do processo de intervenção e de liquidação extrajudicial no sistema bancário, envolve por definição, uma proposta de ações a serem realizadas sobre às instituições financeiras em crise, que resultam em seu saneamento.

Salientamos que são procedimentos geridos pelo Banco Central do Brasil que ocorrem alheios a jurisdição do Poder Judiciário, representando uma forma de intervenção administrativa do Estado no banco insolvente podendo incorrer em Instituições financeiras privadas ou públicas.<sup>117</sup> Neste íterim, as instituições financeiras denominadas como bancos, são os atores mais relevantes no setor financeiro no Brasil em termo de ativos e movimentação de recursos.

Para um melhor entendimento da matéria precisemos definição contida no substantivo banco, que perpassa o entendimento de ser:

estabelecimento ou sociedade mercantil de crédito, que tem por objetivo principal receber depósitos de dinheiro em conta-corrente, aplicar capital, realizar empréstimos, efetuar cobranças, operar em câmbio etc.<sup>118</sup>.

<sup>117</sup> Desde que não sejam federais em ref. Art. 1º da Lei nº 6.024/74.

<sup>118</sup> COSTA, Nelson Nery. **Direito bancário e consumidor**. 2. ed. São Paulo: Lawbook, 2009. p. 29.

De forma complementar, além do disposto, tem também como função primordial a intermediação de recursos entre agentes, cujo conceito é apregoadado de sua conotação operacional completamente ligada à sua natureza instrumental da atividade bancária, ou seja, de prestação de serviços financeiros.

Excelente definição no traz a lei francesa, que precisamente nos define o que seriam os estabelecimentos de crédito, por analogia, as instituições bancárias:

[...] os estabelecimentos de crédito são pessoas jurídicas que efetuam, a título de profissão habitual, as operações bancárias. Tais operações compreendem a recepção de fundos de público, as operações de crédito colocadas à disposição da clientela ou a gestão dos meios de pagamento.<sup>119</sup>

Ademais, ainda se assevera o descrito na legislação brasileira, o previsto no art. 17 da Lei 4.595/64, trazendo à baila a questão acerca da equiparação das pessoas físicas que realizam as mesmas operações de intermediação nas mais diversas circunstâncias pecuniárias, ficando em igualdade às instituições financeiras e devendo ser tratadas como se realmente instituições bancárias fossem.<sup>120</sup>

São consideradas instituições financeiras e atividades assemelhadas as desenvolvidas por<sup>121</sup>:

- a) estabelecimentos bancários oficiais ou privados;
- b) sociedades de crédito, financiamentos e investimentos;
- c) caixas econômicas
- d) cooperativas de créditos
- e) bolsas de valores
- f) companhias de seguros
- g) companhias de capitalização

<sup>119</sup> Lei nº 8.446 de 24/09/84. No original “[...] les établissements de crédit sont des personnes Morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque . Les opérations de banque comprennent la réception de dons du public, les opérations de crédit ainsi que la mise à disposition de clientèle ou la gestion de moyens de paiement” (Traduzido)

<sup>120</sup> “Art. 17 da Lei 4.959/64. “Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual. “

<sup>121</sup> Ref. Art. 18 §1º da .

- h) sociedades que efetuam distribuição de prêmios
- i) pessoas físicas ou jurídicas assemelhadas.

Com efeito, qualquer instituição financeira como detentora do crédito, é, de acordo com o visto anteriormente, regulado pelo Estado por meio do Conselho Monetário Nacional, cuja função é “formular a política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do país”<sup>122</sup>, tendo como objetivo de sua política “zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras”<sup>123</sup>, caracterizando objetivamente seu caráter político e elementar ao interesse da sociedade.

Diante das definições apresentadas, direcionemos atenção ao procedimento da intervenção, estabelecendo as suas principais características, bem como a sua natureza jurídica.

### 3.1. Procedimentos relativo à intervenção

Sob a perspectiva de uma breve análise prática dos modelos propostos, primeiramente, permita-nos tecer comentários sobre o processo de intervenção, que decorre da investidura de interventor elegido pelo Banco Central, com plenos poderes de gestão, com o objetivo de fiscalizar e controlar o funcionamento da instituição, implicando na retirada dos dirigentes estatutários do banco.<sup>124</sup>

Segundo o doutrinador Ricardo Negrão, a intervenção é:

um regime especial de administração por parte do Banco Central, de natureza essencialmente cautelar, previsto no art. 2º da Lei nº 6.024/74, cuja finalidade é proceder ao levantamento da situação econômico-financeira da instituição e, se possível, ao saneamento das dificuldades organizacionais ou econômicas da empresa, mediante o afastamento temporário de seus administradores e, eventualmente, a concessão de assistência financeira.<sup>125</sup>

O procedimento é aplicado quando verificadas algumas anormalidades nos negócios sociais da instituição, tais como: o prejuízo financeiro, decorrente

<sup>122</sup> Ref. art. 2º, parte final, da Lei 4.595/64.

<sup>123</sup> Ref. art. 3º, inciso VI, da Lei 4.595/64.

<sup>124</sup> Os plenos poderes de gestão referem-se estritamente a atividades do banco, havendo necessidade de autorização por aquela autarquia, qualquer disposição sobre o patrimônio, demissões, dentre outros.

<sup>125</sup> NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v. 3. p. 718.

da má administração; ou da verificação de reiteradas infrações a dispositivos da legislação bancária não regularizadas após as determinações do Banco Central do Brasil, no uso das suas atribuições de fiscalização.

Neste sentido, a intervenção se dá com o objetivo de contornar crises de caráter patrimoniais/liquidez, e atuando de forma disciplinar e profilático, sucedâneo do instituto da concordata preventiva, antecipando irregularidades decorrentes de má administração ou indisciplina.

Os efeitos da decretação da intervenção produzem a suspensão dos prazos, a exigibilidade das obrigações vincendas anteriormente contraídas e a indisponibilidade dos bens pessoais dos ex-administradores.

Durante o processo de intervenção, que pela lei excede o período de seis meses<sup>126</sup>, tem-se como preceito a preservação das atividades da empresa. Com base na lei 6.024/74, cabendo o seu interventor promover levantamento da situação da empresa, realizando relatório que pode resultar nas seguintes decisões, passíveis de recurso:

- a) determinar a cessação da intervenção, hipótese em que o interventor será autorizado a promover os atos que, nesse sentido, se tornarem necessários;
- b) manter a instituição sob intervenção, até serem eliminadas as irregularidades que a motivaram;
- c) decretar a liquidação extrajudicial da entidade;
- d) autorizar o interventor a requerer a falência da entidade, quando o seu ativo não for suficiente para cobrir sequer metade do valor dos créditos quirografários, ou quando julgada inconveniente a liquidação extrajudicial, ou quando a complexidade dos negócios da instituição ou, a gravidade dos fatos apurados aconselharem a medida.

Por sua vez, os ex-administradores tem a incumbência de colaborar indistintamente com o bom andamento e a agilidade do procedimento, não podendo furtar-se da apresentação de declarações, pareceres e relatórios que facilitem os trabalhos.

O interventor, por sua vez, tem o dever de prestar contas ao Banco Central, independentemente de quaisquer exigências, no momento em que deixar suas funções, ou a qualquer tempo, quando solicitado, e responderá, civil e criminalmente, por seus atos.

<sup>126</sup> Cabendo a prorrogação por uma única vez, em referência ao art. 4º da Lei nº 6.024/74.

### 3.2. Procedimento relativo à liquidação extrajudicial

Como visto, a liquidação extrajudicial pode ser um dos resultados da análise do relatório do interventor nomeado, sendo importante primeiramente buscarmos base conceitual junto a doutrina para definirmos posteriormente o seu cabimento e especificidades da medida por si só.

Trazemos como exemplo a definição de Rubens Requião, onde o mesmo afirma que a liquidação extrajudicial “constitui uma forma de extinção da empresa determinada pelo Estado *ex officio*, ou a requerimento dela própria, quando ocorrerem graves indícios ou evidencia de insolvência ou quando cassada a autorização para funcionar”.

A sociedades tem seu tempo de vida e duração, culminando no ponto de sua dissolução, conforme disciplinado no art. 206 da Lei nº 6.404/76. Uma vez realizada a dissolução da sociedade, inicia-se o processo de liquidação extrajudicial, que tem como objetivo o saneamento da instituição, buscando a satisfação, ainda que parcial, junto aos credores da companhia.

Quanto ao cabimento da medida, trazemos à baila o entendimento do doutrinador Abrão, o qual propõe a definição de liquidação extraordinária como sendo a:

Medida administrativa saneadora aplicável à instituição financeira, acarretando a paralização de suas atividades e a eliminação do campo empresário, conduzindo aos mesmos resultados do procedimento concursal judicial, que é a falência.<sup>127</sup>

Também neste sentido manifestou-se Paes de Almeida, para quem a Liquidação Extrajudicial “é um processo de natureza administrativa [...] em tudo semelhante a falência, por isso considerada um sucedâneo desta”<sup>128</sup>.

Na prática, a legislação vigente afirma que a liquidação extrajudicial poderá ser decretada *ex officio* ou a requerimento dos administradores<sup>129</sup>, num processo que geralmente ocorre à revelia de acionistas ou sócios, que não havendo qualquer ingerência sobre o processo de liquidação.

<sup>127</sup> ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 339.

<sup>128</sup> ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e concordata**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 474.

<sup>129</sup> Proposta contida na Lei nº 6.024/74, especificamente em seu art. 15, onde afirma que a requerimento dos administradores da instituição, somente se o respectivo estatuto social lhes conferir esta competência ou por proposta do interventor.

Dentre os exemplos que determinam a sua decretação<sup>130</sup>, podemos citar a configuração da ocorrência que comprometa a situação econômica ou financeira da Instituição Financeira, além da violação das normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição, dentre outros.

Importante salientar que o Banco Central detém poderes para analisar, conforme a sua conveniência e oportunidade, na adoção de outro regime especial (intervenção ou RAET) que melhor se adapte à realidade financeira da empresa.

A decretação do regime de liquidação extrajudicial gera vários efeitos no mundo jurídico, os quais, para melhor entendimento enumeramos resumidamente a seguir:

- a suspensão das ações e execuções judiciais em curso, não havendo a possibilidade de outras enquanto durar a liquidação;
- a provocação do vencimento antecipado das obrigações;
- eventuais cláusulas penais de contratos não serão passíveis de execução;
- fica suspensa quaisquer cobranças de juros/mora contra a massa liquidanda, mesmo que derivadas dos próprios contratos, até que o passivo não seja integralmente pago;
- interrupção da prescrição das obrigações relativas à massa liquidanda; e,
- a correção monetária das dívidas deverá incidir sobre a totalidade das obrigações.

Por conta da semelhança dos institutos (liquidação/falência), a Lei nº 11.101/05 é utilizada de forma subsidiária, para suprir eventuais lacunas na Lei nº 6.024/74, ou, em caso seja autorizada a falência, deverá ser aplicada na íntegra para o caso concreto.

Neste sentido, para registro, é importante destacar a opinião contrária do Professor Sebastião José Roque, que afirma categoricamente que a Lei de falências não se aplica aos bancos e demais instituições financeiras, por conta descontinuidade das operações destas empresas, o que justifica a impossibilidade da aplicação de dispositivos como a falência e a recuperação judicial.

A liquidação extrajudicial descreve dogmaticamente a possibilidade de seu encerramento, determinado conforme o art. 19 da Lei nº 6.024/74, podendo ocorrer em 4 hipóteses:

<sup>130</sup> Ref, art. 15 da Lei nº 6.024/74.

- a) retomada do prosseguimento das atividades econômicas da empresa, mediante apresentação, pelos interessados, das necessárias condições de garantias, julgadas a critério do Banco Central do Brasil;
- b) transformação em liquidação ordinária;
- c) aprovações das contas do liquidante e baixa no registro público competente;
- d) convação em falência.

Neste caso, é feita a baixa no registro público competente, em casos extremos podendo ser requerida judicialmente.

Como críticas ao atual modelo, podemos citar a demora no levantamento dos dados das instituições, que em muitos casos são imensos e sem o fornecimento da estrutura devida ao interventor, o que causa intervenções de dezenas de anos que se arrastam sob a tutela do Banco Central. Ademais, a impunidade revelada pela possibilidade de inúmeros recursos, nos remete a processos extensos e burocráticos que não cumprem a finalidade de punição aos fraudadores.

Em vias de término deste estudo, passemos ao estudo prático do caso do Banco Cruzeiro do Sul, que, até o presente momento, encontra-se em liquidação extrajudicial e foi considerada por muitos uma das maiores fraudes bancárias denunciadas do Brasil.

#### **4. ESTUDO DE CASO “BANCO CRUZEIRO DO SUL”**

Em primeiro momento, importante demonstrarmos a estrutura atual da instituição financeira “Banco Cruzeiro do Sul”, que compõe parte integrante ao conglomerado Cruzeiro do Sul, a ser detalhado mais a frente, fundado em meados de agosto de 1989, a partir da empresa Cruzeiro DTVM Ltda. pertencente ao Grupo Pullman, controladora, à época, do grupo Pan Americano S.A.

Em 1993, a família “Índio da Costa” adquiriu os ativos pertencentes ao Agente Financeiro “Banco Cruzeiro do Sul”, anteriormente pertencentes ao Grupo Pullman, sendo seus controladores até o momento da decretação da intervenção do Banco Central.

Como um breve resumo de suas operações, em 1994, o Banco Cruzeiro do Sul foi selecionado como agente do BNDES para operar no mercado de crédito de longo prazo, concedendo empréstimos à pessoas jurídicas para capital de giro



e investimentos, inclusive empréstimos por meio do FINAME<sup>131</sup>, perdurando o vínculo com aquela empresa até o ano de 2002.

Em 2003, a instituição foi nomeada *dealer*<sup>132</sup> especialista oficial pelo Banco Central para a negociação de títulos do Tesouro Nacional nos mercados secundário e de derivativos. Seu papel era o de atuar como um intermediário entre o Banco Central e o mercado na compra e venda de títulos pós-fixados.

Em 2004, a instituição inicia a sua operação no segmento de crédito para empresas de médio porte, no oferecimento de empréstimos atrelados a recebíveis para fornecedores de produtos e serviços às grandes empresas. Em meados de 31 de março de 2007, o Banco já possuía 142 clientes neste segmento, representando uma carteira de R\$ 214,7 milhões.

Também no ano de 2004, o Banco Cruzeiro do Sul inicia ação junto ao segmento de crédito consignado para aposentados e pensionistas do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) e, em 2005, propôs o lançamento de um cartão de crédito que utilizar-se-ia do mesmo método de cobrança do crédito consignado.

Em janeiro de 2010, o Banco Central questionou as operações do Cruzeiro do Sul de venda de carteiras para fundos de direitos creditórios. Em dúvida estavam as operações em que o próprio banco comprava as cotas dos fundos, em operações que, para o Banco Central, poderiam ser irregulares.

No mês seguinte daquele ano, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) requisita ao Cruzeiro do Sul a republicação de seus balanços de 2008 e 2009 sob o argumento de que a instituição não estava consolidando em seu balanço os fundos de direitos creditórios que detinha.

No ano de 2011, inicia-se o seu período de adversidades financeiras, tendo como marco o rebaixamento de sua nota de classificação de risco pela agência de agência de *rating* Moody's, em decorrência de suas dificuldades na captação de recursos.

<sup>131</sup> Produto do BNDES especializado em financiamento de bens de capital.

<sup>132</sup> Conforme sírio do Tesouro Nacional, os *dealers* são instituições financeiras credenciadas pelo Tesouro Nacional e pelo Banco Central do Brasil com o objetivo de promover o desenvolvimento dos mercados primário e secundário de títulos públicos. Os *dealers* atuam tanto nas emissões primárias de títulos públicos federais como na negociação no mercado secundário desses títulos. Atualmente, o Tesouro Nacional possui 12 *dealers*, dos quais dez são bancos e dois são corretoras ou distribuidoras independentes. <https://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt/mercado-interno/dealers>: acessado em 13/03/2014.

No dia 4 de junho de 2012, o Banco Central do Brasil decreta a intervenção no Banco Cruzeiro do Sul, afastando os controladores (a família Índio da Costa) da gestão. A administração da companhia foi repassada ao Fundo Garantidor de Crédito (FGC), sob o Regime de Administração Especial Temporária (RAET) pelo período de 180 dias.

Considerando que a documentação que poderia nos dar exatidão da situação em que se encontrava o Banco Cruzeiro do Sul, à época, nos foi denegada pelo Banco Central, replicamos o que foi vinculado na mídia como motivo da decretação da intervenção, qual seja, a identificação de um passivo descoberto de R\$ 1,3 bilhões de reais, resultando num patrimônio líquido negativo de R\$ 150 milhões, provocado por créditos sem lastro.

Em 18 de junho de 2012, o Banco Central determina a formação de uma Comissão de Inquérito para investigar o banco e suas empresas controladas, tomando as medidas cabíveis para apurar as responsabilidades, nos termos de suas competências legais de supervisão do sistema financeiro, que deveria apresentar conclusões em 120 dias. Prazo prorrogado por igual período a partir de 28 de outubro daquele ano.

O Fundo Garantidor de Crédito (FGC), que vinha administrando o Cruzeiro do Sul desde a intervenção do Banco Central (BC), em 4 de junho, buscava um comprador para a instituição, para evitar que o banco fechasse as portas. No entanto, as negociações – que até a madrugada do dia 14 de setembro incluíam o Santander – falharam.

Na data de 14 de Setembro de 2012 é publicado a Decretação da Liquidação Extrajudicial do Banco Cruzeiro do Sul S.A., onde o Presidente do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições que lhe confere o art. 12, inciso XVII, do Regimento Interno do Banco Central, considerando o relatório do administrador especial que confirma o comprometimento da situação econômico-financeira e a grave violação das normas emanadas do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil, atestando a existência de passivo descoberto e a inviabilidade de normalização dos negócios da empresa, resolve decretar a liquidação extrajudicial do Banco Cruzeiro do Sul S.A.

A título de conhecimento, o Banco Cruzeiro do Sul S.A. é formado por um grupo empresarial bastante estruturado, composto de várias companhias subsidiárias. Dentre as principais subsidiárias operacionais atreladas ao Banco

Cruzeiro do Sul, podemos citar:

- Cruzeiro do Sul S.A. Corretora de Valores e Mercadorias - exercendo atividades de corretagem e atuando como corretora para negociações na BM&FBovespa e na Bolsa Brasileira de Mercadorias<sup>133</sup>;
- Cruzeiro do Sul S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários - exercendo atividades de intermediação e negociação de títulos públicos.
- Bancred S.A. Crédito, Financiamento e Investimento - A Bancred exerce atividades relacionadas a realização de financiamento ao consumidor.
- Cruzeiro do Sul Imobiliária, Comercial, Importadora e Exportadora S.A - realiza operações imobiliárias, também atuando com importações e exportações.
- Cruzeiro do Sul S.A. – Companhia Securitizadora de Créditos Financeiros - exerce atividades de revenda de ativos.
- BCS Seguros S.A. - exerce atividades relacionadas à previdência privada e seguros de vida.
- Companhia Promotora de Vendas – Proveban: exerce atividades de administração, controle, serviços de consultoria em vendas e de tecnologia da informação.

A empresa de auditoria (Pricewaterhouse Coopers) foi contratada para avaliar as contas – e publicou relatório, divulgado no dia 14 de agosto de 2012, de amplo acesso a imprensa, encontrando uma diferença negativa de R\$ 3,1 bilhões no balanço do banco. Descontando o patrimônio líquido do banco, de cerca de R\$ 870 milhões, o “buraco” nas contas foi constatado no montante de R\$ 2,236 bilhões.

Segundo as regras do FGC, cada correntista tem garantido o pagamento de até R\$ 70 mil, limitado ao saldo existente. Esse valor é calculado por CPF ou CNPJ – ou seja, clientes que tenham mais de uma conta terão garantido o pagamento de apenas R\$ 70 mil ao todo. Contas conjuntas também são garantidas em até R\$ 70 mil, independentemente do número de titulares. Valores superiores a esse poderão ser ressarcidos no processo de liquidação do banco, caso os recursos arrecadados sejam suficientes.

<sup>133</sup> A Bolsa é uma associação civil, sem fins lucrativos, com sede administrativa na cidade de São Paulo, tendo como principal objetivo organizar, desenvolver e prover o funcionamento, por meio de sistemas de negociação, de transações com mercadorias, bens e serviços, nas modalidades a vista, a prazo e a termo.

A título de conhecimento, em junho de 2012, quando da ocorrência do anúncio da intervenção no banco, o FGC informou a mídia que uma possível liquidação do Cruzeiro do Sul contabilizaria um custo de até R\$ 2,2 bilhões aos cofres daquele fundo.

Desde então, uma vez designado o FGC para a intervenção do Agente financeiro, sua operação de saneamento consistia na compra de títulos de dívida do banco nas mãos dos credores, com um desconto médio de 49%, e em seguida vender à instituição.

Em resumo, o prazo para adesão à oferta de compra das dívidas chegou a ser prorrogado por duas vezes, não tendo obtido a adesão de cerca de 90% dos credores a proposta apresentada, sem contar a não obtenção de oferta de compra do controle acionário daquela instituição por outro agente financeiro em operação no país, portanto, sendo aberto o processo de liquidação extrajudicial. Com a liquidação, os negócios com as ações do Cruzeiro do Sul na bolsa foram interrompidos.

O FGC, por sua vez, terceirizou os serviços de administração da massa à uma empresa privada, cuja operação também gerou certa discussão no mercado, por conta de relacionamento entre um dos diretores do FGC e um de seus antigos sócios, que atualmente figura como um dos acionistas da empresa contratada para prestar os serviços.

Em janeiro de 2013, o Ministério Público Federal no Estado de São Paulo realizou a denúncia de 17 ex-sócios e funcionários do Banco Cruzeiro do Sul. Segundo foi divulgado pela imprensa, o inquérito concluído pela Polícia Federal, promovia o indiciamento dos controladores Luís Octávio Azeredo Lopes Indio da Costa e Luís Felipe Indio da Costa, que conforme descrito, faziam parte de uma organização criminosa que atuava em diversas frentes para prática de atos ilícitos. Entre os delitos praticados estão, além de formação de quadrilha, crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, compreendidas como gestão fraudulenta, estelionato, apropriação indébita, “caixa dois”; além dos crimes contra o mercado de capitais e lavagem de dinheiro.<sup>134</sup>

Ainda em fase de instrução probatória, tem-se que os supostos delitos

<sup>134</sup> Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/mpf-denuncia-17-em-fraude-do-cruzeiro-do-sul>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

envolvem fraudes em contratos de empréstimos consignados falsos, fraudes contábeis para gerar resultados falsos no balanço do banco, desta forma, aumentando a remuneração dos envolvidos na distribuição dos lucros e provendo a manipulação dos valores de suas ações no mercado de capitais, ocorrendo ainda a simulação de contratos para subtração e desvio de valores de correntistas para fins diversos do estipulado nos contratos.

Pouco mais de um mês após decretada a liquidação, os controladores foram surpreendidos pela Polícia Federal com um pedido de prisão preventiva. Naquele momento, a Polícia Federal alegou que os controladores tentaram movimentar bens no exterior, apesar de seu bloqueio desde a intervenção.

Acusado de gestão fraudulenta à frente do banco, cujo rombo onerou o Fundo Garantidor de Crédito (FGC) em cerca de R\$ 3 bilhões, o controlador foi preso preventivamente durante 30 dias em 2012. Posteriormente lhe foi concedida a liberdade depois da concessão de um pedido de *habeas corpus*, em processo judicial que promete se estender por vários anos, buscando a prescrição da punibilidade do fato.

Ato contínuo, os promotores de Justiça Eronides Aparecido Rodrigues dos Santos e Joel Bortolon Júnior, peticionam através de uma ação civil pública, além do indiciamento de outros 15 acusados, o indiciamento das auditorias contábeis "KPMG" e "Ernst & Young", que prestaram serviços de auditoria ao referido banco, eis que tinham a responsabilidade e o dever de alertar irregularidades e discordâncias encontradas nos balanços das empresas auditadas. A denúncia dessas empresas, do ramo de auditoria foi um ato inédito no país.<sup>135</sup>

Em relação a responsabilidade atrelada à KPMG, a empresa é acusada de omissão acerca das distorções e irregularidades que encontrou nas demonstrações financeiras de 30 de junho dos anos de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011 e em 31 de dezembro de 2007, 2008, 2009, 2010 e 2011, daquela instituição.

De acordo com a acusação, a auditoria não teria tido o zelo específico em constatar o risco de negócios que envolvem a instituição, levando em conta a existência de contratos fraudulentos, especialmente, por conta de uma série de indícios da inexistência dos contratantes como: o elevado volume de

<sup>135</sup> Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/economia/kpmg-e-ernst-young-sao-acusadas-de-tambem-ter-responsabilidade-no-caso-banco-cruzeiro-do-sul>>. Acesso em: 20 mar. 2014.

cartas devolvidas pelo correio ou não respondidas, contratos não entregues, inconsistência entre os registros contábeis e a documentação entregue pela instituição, entre outros.

Já a auditoria Ernst & Young, hoje denominada “EY”, que ficou responsável pela revisão do trabalho feito pela KPMG em 2012, não reportou falha formal da ausência de carta de representação da administração, o que consagrou sua responsabilização segundo o entendimento da promotoria.

Relevante ressaltar que a suposta conduta omissiva destas empresas prestadoras de serviços de auditoria, pode ter levado a erro os milhares de usuários, sejam eles investidores ou agentes de fiscalização, especialmente ao que tange às informações contidas nas demonstrações financeiras. Isso pode ter permitido a prática de atos lesivos que culminaram com a decretação do regime de liquidação extrajudicial do Banco Cruzeiro do Sul e prejuízo estimado de R\$ 2.236.782.000 bilhões de reais, a época.

A representação do Banco Cruzeiro ainda resolveu por ingressar com medidas administrativas e cíveis em desfavor do FGC, sob a acusação de infringir as regras de divulgação de fato relevante no período de sua administração, noticiando o rombo sem previa comunicação aos acionistas<sup>136</sup>, quando o período de sua administração que perdurou de junho a setembro de 2012. Posteriormente o FGC foi absolvido pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Outras medidas judiciais como a do desbloqueio dos bens sequestrados, foram rejeitadas com o objetivo de garantir a eficácia de uma possível condenação e a reparação dos danos causados no esquema.

Por conta de sua relevância, a história da Instituição Financeira foi classificada pela Justiça Federal como “uma das mais graves fraudes da história financeira brasileira”. O assunto chegou até a imprensa internacional, onde o jornal inglês “The Financial Times” declarou o episódio do banco como uma “história de terror”.

Quanto a liquidação extrajudicial em curso, desde já esclarecemos que ao Banco Central foi solicitado o envio de documentação, com base na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011<sup>137</sup>, que pudesse ser utilizada para compor

<sup>136</sup> A acusação foi feita com base no descumprimento de artigos da instrução nº 358 da CVM e da Lei das S.A. que tratam da divulgação de informações relevantes pela companhia.

<sup>137</sup> Comumente chamada de Lei de acesso à informação.

o material de estudo desta monografia, sobretudo de dados e fatos históricos relativos ao tema. Entretanto, em razão da classificação "sigilosa" dos documentos e informações relativas ao caso, dada pela Autarquia, o pedido deste autor foi indeferido.

Quanto ao processo de liquidação extrajudicial do Banco Cruzeiro do Sul S.A., em curso, o último movimento, até a publicação deste ensaio, encontra-se atualmente em fase de liquidação dos ativos por meio de Venda e Leilão dos bens relativos à massa, conforme publicado no DOU em 31.03.2014. Tendo em 08/12/2014 publicado no DOU, a comunicação aos credores quirografários que iniciaria no dia 18.12.2014 o pagamento do primeiro rateio, correspondente a 27,3% (vinte e sete inteiros e três décimos por cento) do valor dos respectivos créditos devidamente inscritos no Quadro Geral de Credores.

Pessoalmente, temos dúvidas acerca da efetividade que representa a intervenção do Banco Central e a aplicação do processo de liquidação extrajudicial no Banco Cruzeiro do Sul, por conta da longa demora para a finalização do processo. Todo o procedimento já dura cerca de três anos, até o presente momento sendo ineficaz no ressarcimento do prejuízo dos credores, sobretudo, do pequeno investidor.

Recentemente, foi vinculado na mídia que a Polícia Federal teria aberto inquérito para apurar indícios de crimes de lavagem de dinheiro e ocultação de bens na liquidação do Banco Cruzeiro do Sul. A portaria de abertura do inquérito afirmaria que a PF foi informada de a empresa terceirizada contratada para a gestão do processo de liquidação teve movimentação bancária incompatível com o seu faturamento, tendo recebido R\$ 70 milhões para trabalhar na liquidação do Cruzeiro do Sul.<sup>138</sup>

Diante de todos esses fatos, inferimos que o modelo de intervenções carece de alterações, de modo que se possa garantir a segurança dos valores aplicados, garantindo a liquidez da instituição sem engessar o mercado e em um prazo adequado. Afinal, o mercado apresenta-se no contexto dinâmico da atualidade, onde um mero detalhe pode ser determinante para todo o futuro do setor em escala mundial.

<sup>138</sup> Disponível em: <<http://epoca.globo.com/tempo/expresso/noticia /2015/04 /policia-federal-abriu-inquerito-sobre-liquidacao-do-cruzeiro-do-sul.html>>. Acesso em: 11 maio 2015.

## 5. CONCLUSÃO

Como conclusão deste trabalho, é impossível não fazer alusão ao regime especial da Intervenção e da Liquidação Extrajudicial, como instrumentos estatais muito importantes para o saneamento do sistema financeiro, com vistas proporcionar o equilíbrio das finanças das instituições financeiras, que por razão tenham encontrado dificuldades, tornando-se insolventes.

Tratando-se de um recurso bastante específico, tomado pelo órgão supervisor, a fim de que não se cause crise generalizada na economia, é uma profilaxia providencial neste mercado supervisionado, cujas consequências não têm limites influenciando a vida de bilhões de pessoas no mundo.

Entretanto, algumas mudanças ao modelo são bastante relevantes e procedimentos devem ser revistos para evitar que o processo vire um fim em si mesmo.

O caso específico do Banco Cruzeiro do Sul nos causa bastante preocupação evocada pelos demasiados recursos que envolvem a matéria, sendo portanto, seus ex-administradores fortes candidatos a integrar a tribo dos banqueiros que arrebutaram seus bancos e, mesmo assim, safaram-se praticamente ilesos, por conta da exagerada burocracia que envolve os procedimentos contidos na Lei.

Atualmente, os diversos recursos administrativos e judiciais demonstram a inoperância da eficiência no cumprimento das penas contidas na norma, revelando o estado de letargia e impunidade permissiva pela legislação e pelo auxílio do poderio econômico. No caso concreto, os ex-administradores do banco continuam impetrando uma infinidade de recursos, confiando na impunidade e na prescrição de seus delitos, baseados numa justiça tardia e burocrática.

Em outro ponto relevante, é importante denotar a lamentável atuação do próprio Banco Central do Brasil, que se negou a fornecer qualquer documentação relativa ao caso, em nada contribuindo para a transparência da operação.

No entanto, a pesar dos pesares, sob o ponto de vista acadêmico, convém denotar o quanto nos foi gratificante o aprofundamento de um assunto tão vistoso e de tamanha complexidade e relevância social, que com certeza renderão discussões que ficarão registradas por vários anos em nossa história, sobretudo, sob o ponto de vista econômico, que servirão de base para os estudos das próximas gerações.



## 6. REFERÊNCIAS

- ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ALMEIDA, Amador Paes de. **Curso de falência e recuperação da empresa**: de acordo com a Lei 11.101/2005. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRASIL. **Lei Federal 6.024/74 de 13 de março de 1974**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6024.htm)>. Acesso em: 22 jul. 2013. 20:10.
- COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.
- COSTA, Nelson Nery. **Direito bancário e consumidor**. 2. ed. São Paulo: Lawbook, 2009.
- FALCÃO, Guilherme Jurema. Breves notas da doutrina nacional sobre o polêmico tratamento diferenciado dado às instituições financeiras na lei falimentar brasileira (ou "Por que os spreads bancários já não caíram mais rapidamente no Brasil?") In: **CADERNO ASLEGIS/** Associação dos consultores Legislativos e de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmaras dos Dep. Brasília. nº 43 mai/ago. 2011.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- SADDI, Jairo. **Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional**: 25 ANOS DA LEI 6.024/74. São Paulo: Textonovo, 1999.
- MARX, Karl. **O capital**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.
- NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OROTAVO NETO, Fernando. **Das liquidações extrajudiciais de instituições financeiras**: manual do liquidado. Rio de Janeiro: Lefixa, 2002.
- REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito falimentar**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RODRIGUES, Frederico Viana. **Insolvência bancária**: liquidação extrajudicial e falência. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- ROQUE, Sebastião José. **Direito bancário**. São Paulo: Ícone, 2013. (Coleção elementos de direito)
- SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. A Responsabilidade da Liquidação Extrajudicial da Lei 6.024/74. **Revista de direito bancário do mercado de capitais e de arbitragem**. São Paulo, ano 3, n. 10. out./dez. 2000.
- TZIRULNIK, L. **Intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras**. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005.



# PODER DE CONTROLE ACIONÁRIO E ASPECTOS DE VALIDADE DA OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO DE COMPANHIAS ABERTAS NO DIREITO BRASILEIRO

Ramon Oliveira Campanate<sup>139</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Companhias abertas x Companhias fechadas. 2.1. Poder de controle interno x poder de controle externo. 3. Aquisição do poder de controle. 3.1. Classificação de modalidades de aquisição. 3.2. Motivação e consequências da aquisição do controle. 4. Oferta pública de aquisição. 4.1. Natureza jurídica e requisitos. 4.2. Dever de comunicação e o sigilo da OPA no mercado. 5. Conclusão.

## RESUMO

O poder de controle interno em uma sociedade empresária significa a existência de um controlador, pessoa física ou jurídica, exercendo, individualmente ou por meio de bloco, a tomada de decisões que conduzem o rumo da sociedade empresária. Esse poder é exercido diretamente na Assembleia Geral de determinada companhia, fazendo com que as deliberações pretendidas pelo detentor do poder de controle sejam, na grande maioria das vezes, aprovadas, não obstante o *quórum* exigido pela lei a depender da matéria objeto da deliberação. A figura do controlador dentro de uma companhia é um fenômeno bem debatido e balizado pela doutrina e o ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a qualidade do controlador pode influir nas decisões tomadas pelos acionistas e investidores dentro do mercado, sendo até mesmo atribuídas responsabilidades ao controlador que exerce seu poder de maneira abusiva. Assim, casos de grande repercussão na mídia brasileira comprovam que a existência da figura do controlador pode ser decisiva tanto no sucesso da companhia quanto no seu fracasso. Pela conotação de poder que a posição de controlador traz, esse poder pode ser alienado mediante alguns modos elencados pela Lei. A oferta pública de aquisição, também conhecida como OPA, é uma das formas originárias de aquisição do controle de uma sociedade, sendo o ponto central desse estudo. Por meio de revisões de legislação e bibliografias, o presente estudo faz uma rápida distinção acerca de companhias abertas e fechadas, sobre o poder de controle

---

<sup>139</sup> Aluno do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Empresarial e Contratos, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: ramon.campanate.adv@gmail.com.

e suas peculiaridades, sobre as formas de aquisição do controle, até chegar ao objetivo central que consiste em analisar com amplitude a aquisição de controle de companhias abertas por meio da oferta pública de aquisição.

**Palavras-chave:** PODER DE CONTROLE. OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO. COMPANHIA ABERTA.

## ABSTRACT

The power of internal control in a business company means the existence of a controller, physical or legal person, acting individually or by block, decision-making that lead the direction of the business company. That power is exercised directly in the General Assembly of a certain company, making the decisions required for the control of power holders are, in most cases approved, regardless of the quorum required by law depending on the subject matter of the resolution. The figure of the controller within a company is a well-debated phenomenon and marked by the doctrine and the Brazilian legal system, as driver quality may influence decisions taken by the shareholders and investors in the market, and even responsibilities assigned to the controller exercising its power abusively. Thus, high-profile cases in the Brazilian media show that the presence of the driver figure can be decisive both in the company's success as its failure. The connotation of power that the controller position brings, this power can be sold by some listed ways the law. The tender offer, also known as OPA, is one of the forms originating acquisition of control of a company, and the point center of this study. Through legislation reviews and bibliographies, this study makes a quick distinction about public companies and closed on the power control and its peculiarities, on ways to control the acquisition, to reach the main objective of which is to analyze amplitude companies takeover open through the public bid.

**Keywords:** CONTROL POWER. TENDER OFFER. PUBLIC COMPANY.

## 1. INTRODUÇÃO

Em outros países a figura de um sócio controlador constitui a exceção, pois o capital das companhias encontra-se disperso entre uma gama diversificada de sócios, o que acaba deixando para os administradores o trabalho de gerir os negócios da empresa.

Adolph A. Berle e Gardiner Means, estudiosos do direito americano, fizeram um estudo durante a crise de 1929 e constataram que o crescimento

das companhias coincidia com a dispersão do capital entre vários sócios que passavam a deter apenas uma pequena parcela da companhia. Com essa dispersão a gestão das macroempresas passavam para as mãos de administradores, o que resultava no desaparecimento do acionista controlador. Concluiu-se do citado estudo que a separação entre propriedade acionária e controle é característica chave da modernização da visão empresarial de uma sociedade.<sup>140</sup>

No entanto, no Brasil a figura do sócio controlador ainda é a regra. Companhias em que os próprios acionistas majoritários participam do conselho de administração e atuam na gestão dos negócios é um fenômeno bastante comum.

O sócio controlador possui grandes poderes, podendo escolher administradores e influenciar fortemente decisões internas determinantes para o fracasso ou o sucesso da empresa. Portanto, o emprego de maneira errônea ou exercício desse poder por pessoa não capaz causa prejuízos irreparáveis à saúde do negócio.<sup>141</sup>

De todo modo, esse poder de controlador pode ser adquirido mediante algumas especificações feitas pelo ordenamento brasileiro, mas, para o presente estudo, maior profundidade será conferida a um modo de aquisição específico denominado Oferta Pública de Aquisição (OPA), por meio das considerações a seguir.

## 2. COMPANHIAS ABERTAS X COMPANHIAS FECHADAS

Nas sociedades anônimas, que são o principal foco dessa discussão, possuem dois desdobramentos em seus tipos societários, a saber, sociedade de capital aberto e as de capital fechado. Cada um desses desdobramentos possui características próprias e tratamentos distintos.

O caput do artigo 4º, da Lei nº 6.404/76<sup>142</sup>, que teve seu texto modificado

<sup>140</sup> OIOLI, Erik Frederico. **Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

<sup>141</sup> SILVA, Carlos Alexandre Lobo. A evolução da aquisição de controle de companhias abertas no Brasil. In: SILVA, Alexandre Couto (Coord). **Direito societário: estudo sobre a lei de sociedades por ações**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 221-251.

<sup>142</sup> Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

pela Lei 10.303/2001, dispõe que a diferença entre as companhias abertas e fechadas está relacionada à emissão de seus valores mobiliários para negociação no mercado de valores mobiliários.<sup>143</sup>

Assim, quando os recursos de capital são obtidos por meio de subscrição de ações pelos próprios acionistas ou grupo determinado de pessoas previamente conhecido, seja por meio do exercício do direito de preferência dos acionistas ou contrato de participação acionária, temos uma sociedade fechada. Dessa maneira, por ser financiada por seus próprios acionistas ou por grupo previamente conhecido de terceiros subscritores, sendo que esses podem tutelar seus próprios interesses, a tutela pública fica dispensada.<sup>144</sup>

Já as sociedades abertas caracterizam-se por buscar recursos junto ao público, oferecendo seus títulos acionários no mercado de ações. A dispersão de capital nesse tipo de sociedade é uma das maiores características, já que há as ofertas de títulos feitas ao público, sem que haja preocupação com as qualidades subjetivas do interessado.<sup>145</sup>

Diante do exposto, oportuno destacar o seguinte trecho de Alfredo Lamy Filho e João Luiz Bulhões Pedreira que ilustra exatamente a diferença entre a sociedade de capital fechado e a sociedade aberta:

Em síntese, a diferença mais importante entre a sociedade aberta e a fechada é que a primeira possui relações com todo o mercado investidor, devendo obediência a normas específicas que visam à proteção do mesmo, ao passo que a fechada a relação é restrita aos próprios membros da sociedade.<sup>146</sup>

## 2.1. Poder de controle interno x poder de controle externo

Na acepção de Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira, o poder de controle possui dois sentidos:

No sentido de espécie de poder, 'controle da companhia' significa o poder político na companhia, que é detido pelo

<sup>143</sup> BRASIL. **Lei 6.404/1976**, art. 4º. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm)>. Acesso em 15 abr. 2016.

<sup>144</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 1º ao 74. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 140.

<sup>145</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 1º ao 74. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1. p. 141

<sup>146</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões apud TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 395.

acionista (ou grupo de acionistas) titular de direitos de participação que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da Assembleia Geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia. Na acepção mais ampla, a palavra ‘poder’ denota a capacidade de um agente de intencionalmente fazer alguma coisa ou produzir um resultado, e essa capacidade pressupõe: (a) uma relação entre o agente que detém o poder e o objeto submetido a esse poder; e (b) a fonte do poder.<sup>147</sup>

Ao se deparar com o conceito acima, importante observar que o autor faz menção à pessoa que exerce o poder, ou seja, o acionista controlador (seja pessoa física ou jurídica). Em atenção a esse mencionado fator, o legislador, por meio do art. 116 da LSA, cuida em definir o controlador. Veja-se:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia. Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.<sup>148</sup>

Diante da clara definição conferida pelo legislador, a doutrina mais acertada se preocupa em definir a expressão “de modo permanente” significando que na existência de um “acionista detentor de 50% mais uma das ações votantes, esse não sofrerá limitações no seu direito de eleger a maioria dos administradores e de conduzir a política da companhia, por parte de qualquer outro grupo de acionistas.”<sup>149</sup> Todavia, não é correto a afirmação de que o controlador precisa

<sup>147</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões apud SILVA, Carlos Alexandre Lobo. A evolução da aquisição de controle de companhias abertas no Brasil. In: SILVA, Alexandre Couto (Coord). **Direito societário**: estudo sobre a lei de sociedades por ações. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 223.

<sup>148</sup> BRASIL. **Lei 6.404/1976, art. 4º**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm)>. Acesso em 14 abr. 2016.

<sup>149</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 75 ao 137. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2. p. 610.



ser detentor de metade mais um das ações com direito a voto, é possível exercer o poder de controle com porcentagem menor de ações de voto, contanto que não haja outro acionista com porcentagem maior.

Ainda, vale observar que o parágrafo único do artigo em comento ainda se digna em conferir responsabilidades do controlador para com os demais acionistas.

Com o seguimento da análise do poder de controle, tem-se que esse poder possui duas acepções, o poder de controle externo e o poder de controle interno. Para o presente estudo o foco de interesse está no poder de controle interno, mas vale aqui fazer uma pequena explanação sobre ambos os institutos.

O poder de controle externo se caracteriza pela dominação em relação à companhia exercida por pessoa que não integra os órgãos sociais da companhia. Em outras palavras, essa pessoa não é acionista e nem possui cargo nos órgãos de administração ou fiscalização da companhia.<sup>150</sup>

Desse modo, as decisões da companhia acabam sendo tomadas por quem não integra nem o grupo de acionistas, nem o grupo de administradores, podendo ser um credor, um fornecedor, franqueadores ou outro *stakeholder*. Trata-se de uma questão de influência, muitas vezes consequência de assuntos econômicas entre a sociedade e os *stakeholders*.

Ao inverso do controle externo, o controle interno é aquele exercido pelo titular da maioria acionária da companhia, ou até mesmo aquele que integra algum cargo dentro dos órgãos da sociedade. Ainda, assinala Anne Petitpierre-Sauvain, tratar-se de uma “emanação do poder majoritário, poder de decidir nas assembleias e de eleger a maioria dos administradores”<sup>151</sup>

A doutrina ainda cuida em dividir o poder interno em quatro modalidade de controle: totalitário, majoritário, minoritário e administrativo.

O modelo de controle totalitário é aquele em que o controlador possui quase a totalidade dos votos. Dessa maneira, o titular do controle totalitário possui força para aprovar as deliberações submetidas à Assembleia Geral,

<sup>150</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. 2. p. 42-43.

<sup>151</sup> PETITPIERRE-SAUVAIN, Anne apud OIOLI, Erik Frederico. **Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 33.



excetuadas aquelas matérias que pedem a unanimidade na Assembleia.<sup>152</sup>

O controle majoritário fica caracterizado pela presença de vários acionistas, mas uma pessoa (controle majoritário isolado) ou um grupo (controle majoritário conjunto) possui a maioria do capital votante. Geralmente é adotado por meio de convenção de voto estabelecidas em acordo de acionistas, nos termos do art. 118, da LSA, por acionistas que possuam interesses em comum e desejam compartilhar o poder de controle da companhia.<sup>153</sup>

Por sua vez, o controle minoritário ganha espaço em sociedades com dispersão de ações no mercado, observando que a maioria dos sócios não se interessam pela gestão. Dessa maneira, aquele sócio ou grupo interessado em exercer o controle necessitam de adquirir apenas a parcela das ações com poder de voto.<sup>154</sup> Sempre observando que há determinadas matérias que a lei exige *quórum* específico.

Por fim, o controle administrativo, ou gerencial, ocorre quando há extrema dispersão de ações da companhia no mercado, impossibilitando que apenas uma pessoa ou um grupo tenha poder para exercer o controle da sociedade. Nesses casos, o conselho de administração é o principal gestor da empresa.<sup>155</sup>

Portanto, nas sociedades em que se tem a figura do controlador, a assembleia geral é o órgão por meio do qual a vontade daquela sociedade é expressada. É na assembleia geral que as decisões mais importantes dentro de uma companhia são tomadas, por isso o art. 122, da Lei das Sociedades Anônimas, elenca as competências do órgão.

Art. 122. Compete privativamente à assembleia geral:

I - reformar o estatuto social;

II - eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142;

III - tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas;

<sup>152</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 40.

<sup>153</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 41.

<sup>154</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 476.

<sup>155</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 477.

IV - autorizar a emissão de debêntures, ressalvado o disposto nos §§ 1º, 2º e 4º do art. 59;

V - suspender o exercício dos direitos do acionista (art. 120);

VI - deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social;

VII - autorizar a emissão de partes beneficiárias;

VIII - deliberar sobre transformação, fusão, incorporação e cisão da companhia, sua dissolução e liquidação, eleger e destituir liquidantes e julgar-lhes as contas; e

IX - autorizar os administradores a confessar falência e pedir concordata.

Parágrafo único. Em caso de urgência, a confissão de falência ou o pedido de concordata poderá ser formulado pelos administradores, com a concordância do acionista controlador, se houver, convocando-se imediatamente a assembleia-geral, para manifestar-se sobre a matéria.<sup>156</sup>

Como se depreende dos incisos supracitados, a assembleia geral tem importância decisiva para o futuro da empresa. Todavia, o órgão tem perdido sua força ao se deparar com a grupos de controladores que acabam por influenciar a tomada de decisões dentro da sociedade frente aos sócios minoritários e desorganizados. Esse fenômeno é constatado principalmente “pela proliferação de ações sem direito a voto, bem como o aumento dos poderes dos órgãos de administração”, assevera Pietro Abbadessa.<sup>157</sup>

### 3. AQUISIÇÃO DO PODER DE CONTROLE

Como já foi explanado nos tópicos anteriores, o controle da sociedade é um poder que permite a condução dos rumos da companhia. Diante da importância e do poder que esse controle confere ao seu titular, trata-se aqui de um bem, ainda que intangível, de significativo valor e que pode ser negociado no mercado.

Nos casos de sociedades abertas, por envolver interesses de diversas esferas, o legislador e a doutrina pontuam sobre o tema.

<sup>156</sup> BRASIL. **Lei 6.404/1976, art. 4º**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2016.

<sup>157</sup> ABBADESSA, Pietro apud TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 512.

### 3.1. Classificação de modalidades de aquisição

A doutrina do direito empresarial classifica as formas de aquisição do controle interno de acordo com a sua voluntariedade, estruturação ou objeto. Essa classificação é necessária para a diferenciação das formas de aquisição e também para definir os dispositivos da norma a serem empregados.

No aspecto da voluntariedade, o fator de maior relevância na classificação está atrelado à vontade do adquirente de adquirir o controle da companhia. Assim, tem-se que a aquisição voluntária acontece quando o adquirente expressa sua vontade direta em adquirir o poder de controle de determinada companhia. Por sua vez, a aquisição involuntária se dá por motivos exteriores à vontade do adquirente.<sup>158</sup>

A hipótese mais comum nos casos de aquisição involuntária se dá quando há transferência do controle por sucessão hereditária, “tanto das ações integrantes do bloco de controle quanto de ações em montante suficiente para a aquisição do controle, quando o sucessor já é acionista da companhia.”<sup>159</sup>

Há também a aquisição originária ou derivada. A originária acontece quando a aquisição não possui ligação causal entre a supressão ou extinção de um direito e a aquisição deste outro. Em outras palavras, “a aquisição originária do poder de controle dá-se não com a transferência da titularidade do bloco, mas sim com a formação do bloco de controle pelo adquirente.”<sup>160</sup>

Nas aquisições derivadas o adquirente compra as ações com os mesmo gravames, ônus e bônus, assumindo a propriedade do alienante com todas as limitações e benefícios existentes quando pertenciam a seu antecessor.<sup>161</sup>

Conclui-se que na aquisição derivada preexiste um bloco de controle, ao passo que na aquisição originária esse bloco está em formação. Nessa linha, observa-se que a distinção entre essas duas modalidades será essencial para

<sup>158</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 57-58.

<sup>159</sup> OIOLI, Erik Frederico. **Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 85.

<sup>160</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 58-59.

<sup>161</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 58-59.

verificação da obrigatoriedade ou não da realização de oferta pública de compra de ações aos sócios minoritários.<sup>162</sup>

Por último, existe uma classificação que divide a aquisição do poder de controle em amigável ou hostil.

Se fala em aquisição amigável quando são realizadas com o consentimento dos administradores, determinado acionista ou grupo de acionistas relevantes da sociedade alvo. Esse tipo de aquisição geralmente é concretizado por meio de contrato de compra e venda de ações, mas também não se pode descartar a possibilidade de ser feita uma oferta pública.<sup>163</sup>

Ao contrário da aquisição amigável, os casos de aquisição hostil são aqueles em que há uma resistência por parte da administração ou determinado grupo de acionistas na negociação da aquisição.<sup>164</sup>

A aquisição em sua forma hostil é tema central de obras que analisam suas consequências e as medidas defensivas que podem ser adotadas pela companhia alvo.

### 3.2. Motivação e consequências da aquisição de controle

A aquisição de controle de uma sociedade feita por investidor ou até mesmo por outra sociedade, possui uma gama de motivações. Seja para reduzir os custos do fornecimento de insumos, para ganhar maior visibilidade em determinado ramo do mercado, dividir riscos ou até mesmo eliminar a concorrência.

De todo jeito, a aquisição de controle pode ocorrer como uma aquisição horizontal ou aquisição vertical. Na aquisição horizontal a sociedade alvo e o adquirente atuam no mesmo setor, nesses casos, a motivação para essa aquisição costuma ser a aquisição de um maior poder de negociação para com o fornecedor, o que gera uma diminuição nos custos. Já na aquisição vertical a empresa alvo e o adquirente atuam em fases da cadeia produtiva distintas, esse tipo de aquisição costuma facilitar o acesso a uma matéria-prima escassa.<sup>165</sup>

<sup>162</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 60.

<sup>163</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 61.

<sup>164</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 62.

<sup>165</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões apud SILVA, Carlos Alexandre Lobo. A evolução da aquisição de controle de companhias abertas no Brasil. In: SILVA, Alexandre Couto (Coord). **Direito societário: estudo sobre a lei de sociedades por ações**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 221-251.

Ademais, outros motivos bastante usuais podem ser destacados, como é o caso de companhias que vem apresentando problemas de administração, mas o adquirente vislumbra uma melhora nos resultados com o aprimoramento da gestão, ou até mesmo nos casos em que a aquisição vislumbra reduzir a concorrência em determinada região.<sup>166</sup>

#### 4. OFERTA PÚBLICA DE AQUISIÇÃO

A oferta pública de aquisição, também conhecida como OPA, “é uma proposta, efetuada fora de bolsa de valores ou de entidade de balcão organizado, pela qual o ofertante se obriga a comprar ações de emissão da companhia objeto.”<sup>167</sup>

Carlos Augusto da Silveira Lobo acrescenta:

A oferta pública para aquisição de controle de companhia aberta é uma proposta irrevogável de contratar a compra e venda ou a permuta de ações com direito a voto de uma companhia aberta, em quantidade suficiente para assegurar ao adquirente o controle da companhia, dirigida indistintamente a todos os titulares dessas ações por meio de publicação em jornal de grande circulação. Quando a maioria das ações com direito a voto encontra-se em circulação, dispersa no mercado, o poder de controle pode ser tomado através de uma oferta pública de aquisição de ações (OPA), a despeito ou mesmo contra a vontade de quem detém o controle da companhia.<sup>168</sup>

O conceito supra traz elementos essenciais para o entendimento da OPA, como a irrevogabilidade, a compra e venda ou permuta de títulos mobiliários como pagamento da oferta, o objetivo da formação de bloco de controle na companhia, entre outras.

Ademais, em sua parte final, o conceito de Carlos Augusto da Silveira

<sup>166</sup> LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões apud SILVA, Carlos Alexandre Lobo. A evolução da aquisição de controle de companhias abertas no Brasil. In: SILVA, Alexandre Couto (coord). **Direito societário**: estudo sobre a lei de sociedades por ações. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 221-251.

<sup>167</sup> PENNA, Paulo Eduardo. **Alienação de controle de companhia aberta**. São Paulo: Quatier Latin, 2012. p. 171.

<sup>168</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Compra por companhia aberta do controle de sociedade empresária. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2031-2044.

Lobo acrescenta “ou mesmo que contra a vontade de quem detenha o poder da companhia”, o que reforça a ideia da já mencionada aquisição hostil.

Também vale dizer que a aquisição por oferta pública é originária, uma vez que o bloco de controle não é transmitido ao novo titular do poder, pois há a criação de um novo bloco criado com a reunião das ações adquiridas.<sup>169</sup>

#### 4.1. Natureza jurídica e requisitos

Observando as classificações expostas no item 3.1, pode-se classificar a oferta pública de aquisição como um modo de aquisição do poder de controle de forma voluntária, já que conta com a manifestação de vontade do ofertante; originária, uma vez que há formação de um bloco de ações que representam as ações adquiridas; além de poderem ser amigáveis ou hostis, na medida em que forem efetuadas com ou sem o consentimento dos administradores ou parte de acionistas.<sup>170</sup>

A natureza jurídica da OPA se assemelha com a natureza jurídica de uma proposta de contrato com condição suspensiva. Ora, quando a oferta pública de aquisição é feita, ela só se concretiza se houver uma adesão mínima, adesão essa que representa o número de ações necessárias para se chegar ao controle da companhia.<sup>171</sup>

Como requisito para o regular curso de uma oferta pública de aquisição, tem-se como primeiro requisito a obrigatória participação de instituição financeira que será encarregada do pagamento. Esse requisito está presente no art. 257, da LSA, e a Instrução nº 361/02 da CVM acrescenta que essa instituição deverá ter carteira de investimentos ou ser sociedade corretora ou distribuidora de títulos e valores mobiliários.

Art. 257. A oferta pública para aquisição de controle de companhia aberta somente poderá ser feita com a participação de instituição financeira que garanta o cumprimento das obrigações assumidas pelo ofertante.

§ 1º Se a oferta contiver permuta, total ou parcial, dos va-

<sup>169</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Compra por companhia aberta do controle de sociedade empresária. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2031-2044.

<sup>170</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 87.

<sup>171</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 88.

lores mobiliários, somente poderá ser efetuada após prévio registro na Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2º A oferta deverá ter por objeto ações com direito a voto em número suficiente para assegurar o controle da companhia e será irrevogável.

§ 3º Se o ofertante já for titular de ações votantes do capital da companhia, a oferta poderá ter por objeto o número de ações necessário para completar o controle, mas o ofertante deverá fazer prova, perante a Comissão de Valores Mobiliários, das ações de sua propriedade.

§ 4º A Comissão de Valores Mobiliários poderá expedir normas sobre oferta pública de aquisição de controle.<sup>172</sup>

Art. 30. Na forma do § 4º do art. 254-A da Lei 6.404/76, o adquirente do controle acionário poderá oferecer aos acionistas minoritários destinatários da OPA um prêmio no mínimo equivalente à diferença entre o valor de mercado das ações e o valor pago por ação integrante do bloco de controle.

[...]

**§3 Na hipótese da OPA abranger o prêmio de que trata o caput, o instrumento deverá discriminar o prazo durante o qual o pagamento do prêmio ficará à disposição dos acionistas, o qual não poderá ser inferior a 3 (três) meses, bem como a instituição financeira encarregada do pagamento, com indicação das agências aptas a realizar o pagamento aos acionistas, às quais deverão localizar-se, no mínimo, na localidade da sede da companhia e da bolsa de valores ou entidade de mercado de balcão organizado em que as ações fossem admitidas à negociação, e nas capitais de todos os estados do País.**<sup>173</sup>

[...]

A necessidade da participação dessa instituição financeira se justifica para garantir o cumprimento da oferta pública. Segundo Carlos Augusto da Silveira Lobo, ao exigir a participação da instituição financeira no procedimento, o art. 257 da LSA trata de “coobrigação e não de obrigação subsidiária, pois a instituição financeira subscreve o instrumento da oferta em conjunto com o ofertante.”<sup>174</sup>

<sup>172</sup> BRASIL. **Lei 6.404/1976, art. 4º**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm)>. Acesso em 24 abr. 2016.

<sup>173</sup> CVM. **Instrução nº 361/2002**. Art 30º. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/300/inst361consolidsemmarcas.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2016.

<sup>174</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Compra por companhia aberta do controle de sociedade empresária. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2031-2044.

De outro lado, parte da doutrina<sup>175</sup> diverge nesse assunto entendendo que a obrigação assumida pela instituição financeira se trata de obrigação subsidiária, uma vez que a solidariedade não se presume.<sup>176</sup>

Apesar de exigir a comunicação da OPA à CVM no prazo de 24 horas, não há exigência feita pela lei acerca da necessidade de registro da oferta pública de aquisição na Comissão de Valores Mobiliários. Além disso, a Instrução nº 361 da CVM, em seu art. 11, § 2º,<sup>177</sup> exige que seja encaminhado à CVM um exemplar da oferta que ficará à disposição dos interessados através da rede de comunicação eletrônica.

No entanto, nos casos em que a oferta envolve permuta de valores mobiliários, o art. 259, da LSA,<sup>178</sup> exige o prévio registro na CVM a ser requerido pelo ofertante através da instituição financeira intermediária, juntamente com o projeto de instrumento OPA e demais informações sobre os valores mobiliários envolvidos.<sup>179</sup>

Outro requisito para validade da OPA trata do objeto da oferta. Ora, o objetivo da oferta pública de aquisição é a formação de um bloco de controle, o que pressupõe a titularidade de ações com direito a voto em número suficiente para exercer esse controle. Portanto, o objeto da OPA deve ser necessariamente as ações com direito a voto, não existindo impedimento para que o ofertante faça oferta dirigida a ações de outras classes e espécies, contanto que esteja adquirindo o número de ações de voto necessárias para exercer o controle da companhia.<sup>180</sup>

<sup>175</sup> José Alexandre Tavares Guerreiro e Egberto Lacerda.

<sup>176</sup> NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias**. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 92.

<sup>177</sup> Art. 11. O instrumento de OPA deverá ser publicado, sob a forma de edital nos jornais de grande circulação habitualmente utilizados pela companhia objeto, observando-se o prazo máximo de 10 (dez) dias, após a obtenção do registro na CVM, quando este for exigível. § 2º O edital deverá ser também encaminhado ao diretor de relações com investidores da companhia objeto, para que este o divulgue imediatamente ao mercado, por meio de sistema eletrônico disponível na página da CVM na rede mundial de computadores, ficando ainda disponível a eventuais interessados, no mínimo, na CVM, na bolsa de valores ou na entidade do mercado de balcão organizado em que deva ser realizado o leilão, no endereço do ofertante, na sede da instituição intermediária e da companhia objeto, bem como acessível na rede mundial de computadores, no endereço eletrônico da companhia objeto, se esta o possuir.

<sup>178</sup> Art. 259. O projeto de instrumento de oferta de permuta será submetido à Comissão de Valores Mobiliários com o pedido de registro prévio da oferta e deverá conter, além das referidas no artigo 258, informações sobre os valores mobiliários oferecidos em permuta e as companhias emissoras desses valores. Parágrafo único. A Comissão de Valores Mobiliários poderá fixar normas sobre o instrumento de oferta de permuta e o seu registro prévio.

<sup>179</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Compra por companhia aberta do controle de sociedade empresária. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2031-2044.

<sup>180</sup> LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Compra por companhia aberta do controle de sociedade empresária. In: PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. **Direito das companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 2031-2044.



Ademais, a OPA é, em regra, irrevogável após a publicação do edital. Essa regra está expressa no art. 257, § 2º, da LSA, mas vale dizer aqui que instrução nº 361 da CVM admite, em seu art. 5º, hipóteses em que a OPA pode ser revogada.

Art. 5º Após a publicação do instrumento de OPA, nos termos do art. 11, sua modificação ou revogação será admitida:

I – em qualquer modalidade de OPA, independentemente de autorização da CVM, quando se tratar de modificação por melhoria da oferta em favor dos destinatários, ou por renúncia, pelo ofertante, a condição por ele estabelecida para a efetivação da OPA;

II – quando se tratar de OPA sujeita a registro, mediante prévia e expressa autorização da CVM, observados os requisitos do §2º deste artigo; ou

III – quando se tratar de OPA não sujeita a registro, independentemente de autorização da CVM, em estrita conformidade com os termos e condições previstos no respectivo instrumento.

§1º Será ainda lícito ao ofertante desistir da OPA para cancelamento de registro e da OPA por aumento de participação, na hipótese de revisão do preço da oferta por força do procedimento previsto no art. 4º -A da Lei 6.404, de 1976, aplicando-se, em tais hipóteses, respectivamente, as regras dos arts. 24, inciso IV, e 28 desta Instrução;<sup>181</sup>

Carlos Augusto da Silveira Lobo entende que a citada Instrução da CVM não poderia determinar pela revogabilidade quando a própria LSA deixa expresso que a OPA é irrevogável. Para o citado autor, na ocorrência de evento que torne o contrato excessivamente oneroso para o ofertante, cabe, por analogia, a aplicação do artigo 478 do Código Civil<sup>182</sup>, que trata da resolução de execução diferida.

Por fim, até a publicação do edital, o ofertante, a instituição financeira e a CVM devem guardar sigilo sob pena de responder pelos danos causados, de acordo com o artigo 260, da LSA.

## 4.2. Dever de comunicação e o sigilo da OPA no mercado

Homenageando a igualdade dentro do mercado de ações, o ofertante da

<sup>181</sup> CVM. Instrução nº 361/2002. Art 5º. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/300/inst361consolidsemmarcas.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

<sup>182</sup> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

OPA tem o dever de tornar público a sua oferta, fazendo isso por meio de edital publicado em jornal de grande circulação.

A simples menção de uma oferta pública de aquisição de poder de controle pode desencadear grande repercussão no mercado e na própria vida da sociedade aberta. Ademais, os órgãos regulatórios devem estar a par dos acontecimentos verificando a transparência de informações, o possível vazamento de informações privilegiadas e ataques especulativos.<sup>183</sup>

Em seu artigo 157, §5º, a Lei 6404/76 consigna a obrigação dos administradores em informar ao mercado fatos que possam influir na decisão dos investidores em vender ou comprar valores mobiliário de determinada companhia. Outrossim, a Instrução nº 358/02, da CVM também coaduna com esse entendimento. Veja o trecho:

O art. 2º da Instrução 358/02 define como relevante qualquer ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro ocorrido u relacionado aos negócios da companhia que possa ter influência: (i) na cotação dos valores mobiliários de sua emissão ou a eles referenciados, (ii) na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários, ou (iii) na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a ela referenciados.<sup>184</sup>

O surgimento de novo controlador dentro de uma companhia aberta pode acarretar grandes mudanças no negócio, podendo acarretar valorização ou desvalorização no mercado, afetar diretamente na decisão de investidores. Pode-se dizer, então, que a ocorrência de uma OPA se encaixa nos requisitos supramencionados, gerando a obrigação dos administradores em comunicar o mercado.

No entanto, antes da publicação edital da oferta, o sigilo do desejo do ofertante em formalizar a OPA deve ser guardado pelos principais atores da oferta, ou seja, o ofertante, a instituição financeira e a CVM.

Como já foi explanado anteriormente nesse capítulo, somente a OPA de permuta, aquela em que o ofertante deseja efetuar o pagamento com outros

<sup>183</sup> OIOLI, Erik Frederico. **Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 177.

<sup>184</sup> PENNA, Paulo Eduardo. **Alienação de controle de companhia aberta**. São Paulo: Quatier Latin, 2012. p. 161.

títulos mobiliários, deverá ser previamente registrada na CVM. A ciência dessa informação acarreta, para a CVM, um dever de sigilo para que não haja vazamento de informações que beneficiem determinado grupo dentro do mercado.<sup>185</sup>

Tem-se um caso especial, no entanto, quando se trata da instituição financeira que atua na OPA. Antes da contratação, ainda na fase de procura, é natural que, devido à complexidade da OPA, a instituição financeira procurada entre em contato com outras instituições. Assim, entende a doutrina que o dever de sigilo passa a vigorar no momento da contratação da instituição, pois é nessa hora que será definida os termos da oferta a ser realizada.<sup>186</sup>

Ademais, nos termos do art. 13, § 1º, da Instrução nº 358, da CVM, veda qualquer negociação que possa acontecer entre a instituição financeira contratada e a companhia detentora das ações objeto da OPA.

Art. 13. Antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia, é vedada a negociação com valores mobiliários de sua emissão, ou a eles referenciados, pela própria companhia aberta, pelos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, ou por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante.

§1º A mesma vedação aplica-se a quem quer que tenha conhecimento de informação referente a ato ou fato relevante, sabendo que se trata de informação ainda não divulgada ao mercado, em especial àqueles que tenham relação comercial, profissional ou de confiança com a companhia, tais como auditores independentes, analistas de valores mobiliários, consultores e instituições integrantes do sistema de distribuição, aos quais compete verificar a respeito da divulgação da informação antes de negociar com valores mobiliários de emissão da companhia ou a eles referenciados.<sup>187</sup>

Todavia, sabe-se que o mercado especulativo é dinâmico, então, se apesar de todos os cuidados tomados antes da formalização da OPA ocorrer vazamento

<sup>185</sup> OIOLI, Erik Frederico. **Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 177.

<sup>186</sup> OIOLI, Erik Frederico. **Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 178.

<sup>187</sup> CVM. **Instrução nº 358/2002**. Art 13º. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/inst/inst568.html>>. Acesso em 27 abr. 2016

de informações privilegiadas, surge a obrigação dos administradores da companhia em esclarecer ao mercado que a transação de alienação do controle ainda não é certa.<sup>188</sup>

## 5. CONCLUSÃO

Diante do amplo estudo realizado sobre o poder de controle e a oferta pública de aquisição, cumpre aqui apresentar conclusões tiradas a partir da revisão bibliográfica apresentada.

A formação de um bloco de controle dentro de uma companhia, nesse estudo em especial as abertas, é determinante no sucesso ou no fracasso do negócio. Por esse motivo, a legislação pátria se preocupa em definir responsabilidades desse controlador, seja pessoa física, jurídica, que exerça o poder de controle individualmente ou por meio da criação de um bloco, além de regular meios para a aquisição desse controle e até mesmo estabelecer fiscalização no interstício dessa aquisição.

Dentre os meios de aquisição do controle da sociedade aberta, esse estudo se preocupou em trazer conceitos e requisitos atinentes à oferta pública de aquisição, também conhecida como OPA.

Concluimos que a oferta pública de aquisição se trata de um instituto altamente complexo e sofisticado, balizado pela Lei da Sociedade Anônima e por Instruções da Comissão de Valores Mobiliários a que é feita menções no presente artigo.

Vimos que a OPA é uma proposta irrevogável destinada a acionistas de uma determinada companhia aberta, para a compra e venda ou permuta de ações com direito a voto com intuito de formar bloco de controle.

Temos que dentre as características mais marcantes da OPA a mais marcante certamente é a publicidade. A partir da comunicação da oferta ao público, acaba por desencadear várias consequências dentro do mercado mobiliário. Pois, com as especulações geradas dentro do mercado, a OPA influi no valor das ações, na decisão de investidores e acionistas.

<sup>188</sup> PENNA, Paulo Eduardo. **Alienação de controle de companhia aberta**. São Paulo: Quatier Latin, 2012. p. 168-169.

Ademais, trouxe requisitos que influenciam na validade da OPA, como a já comentada publicidade, a participação de instituição financeira, o registro na CVM para a oferta envolver permuta de outros valores mobiliários, o objeto da oferta que deverá ser ações com direito a voto, o sigilo e, por fim, a irrevogabilidade.

Durante a apresentação do tema também foi verificado algumas divergências acerca de certos temas.

A primeira delas consiste na existência de solidariedade ou não da instituição financeira que subscreve o instrumento da OPA juntamente com o ofertante. Com a devida vênia, a posição que nos parece mais acertada o entendimento de que não há solidariedade nessa hipótese, uma vez que o *caput* do artigo 257, da LSA, apesar de deixar evidente que a instituição garante o cumprimento da obrigação assumida pelo ofertante, temos que a solidariedade não se pode presumir. Dessa maneira, estamos diante de uma obrigação subsidiária, sendo que a instituição só será compelida a honrar a obrigação no caso de descumprimento do ofertante.

Outra inquietação constatada pela doutrina, e ao nosso ver acertadamente, foi a questão da irrevogabilidade tratada na pela Lei nº 6.404/76, e mitigada pela Instrução 361 da CVM, caso, por ocorrência de fato imprevisível, a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa. Assim, Carlos Augusto da Silveira Lobo assevera que nesses casos a aplicação do artigo 478 do Código Civil deveria ser feita por analogia, gerando o distrato.

Por derradeiro, cabe concluir que a regularidade e o saudável curso da oferta pública de aquisição dentro do mercado dependem de rigorosamente do balanço feito entre o sigilo e o momento certo da publicação do edital. Nessa altura, sobretudo nos casos de OPA de permuta, até a CVM está incumbida de manter o sigilo da operação para evitar práticas ofensivas ao mercado como o *insider trading*.

## 6. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 6.404/1976, art. 4º**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6404compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm)>. Acesso em: 24 abr. 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: arts. 1º ao 74. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Comentários à lei de sociedades anônimas:** arts. 75 ao 137. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 2.

CVM. **Instrução nº 358/2002.** Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/inst/inst568.html>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Instrução nº 361/2002.** Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/300/inst361consolidsemmarcas.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2016.

NASCIMENTO, João Pedro Barroso do. **Medidas defensivas à tomada de controle de companhias.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

OIOLI, Erik Frederico. **Oferta pública de aquisição do controle de companhias abertas.** São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PEDREIRA, José Luiz Bulhões; LAMY FILHO, Alfredo. **Direito das companhias.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PENNA, Paulo Eduardo. **Alienação de controle de companhia aberta.** São Paulo: Quartier Latin, 2012.

SILVA, Alexandre Couto (Coord). **Direito societário:** estudo sobre a lei de sociedades por ações. São Paulo: Saraiva, 2013.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial:** teoria geral e direito societário. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

# A (EQUIVOCADA) DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DENTRO DE GRUPO SOCIETÁRIO

Ricardo José Nunes Siqueira

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Princípio da Autonomia Patrimonial. 3. Concentração Empresarial e Estruturação Societária de Grupos Econômicos como Técnica de Otimização de Custos Para Atividades de Larga Escala. 3.1. Surgimento e Evolução da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica 3.2. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 3.3. Teoria Maior. 3.4. Teoria Menor. 3.5. Teoria Inversa. 3.6. A Incorporação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Projeto de Lei 1572/11 (Código Comercial). 4. Grupo Societário e a Desconsideração da Personalidade Jurídica. 4.1. Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito do Trabalho. 4.2. Aplicação da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Tributário. 5. Conclusão. 6. Referências.

## RESUMO

O presente artigo tem como principal abordagem a desconsideração da personalidade jurídica dentro de um grupo societário, comungando com o entendimento legal, doutrinário e jurisprudencial. Antes de adentrar no tema cerne da pesquisa, foi importante destacar aspectos históricos, como os famosos casos: *Bank of United x Deveaux*, ocorrido no ano de 1809 nos Estados Unidos da América e o caso *Salomon v. Salomon & CO. Ltd.*, julgado em 1896 pela Casa dos Lordes, na Inglaterra, com relatoria do Lord Macnaughten. Após vistos os aspectos históricos, serão feitas abordagens sobre os aspectos teóricos sobre a *Disregard Doctrine*, tais como a teoria maior, teoria menor e a teoria inversa e os aspectos legais como por exemplo o disposto no artigo 50 do Código Civil e o previsto no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, dentro outros comandos legais que serão estudados. Após vencidos os aspectos introdutórios, que embasarão o tema principal, será demonstrado um precedente, julgado pela justiça trabalhista do Estado de São Paulo, que vai de contra os instituto jurídico da desconsideração da personalidade jurídica e dispositivos legais da legislação brasileira que menciona quando poderá ser feita a desconsideração da personalidade jurídica. O precedente da justiça trabalhista estabelece uma clara confusão entre os aspectos da responsabilidade solidária com os aspectos do instituído da desconsideração da personalidade jurídica, contribuindo, assim, com

a insegurança jurídica e trazendo reflexos negativos para dinâmica do mercado. Com isso, as sociedades empresárias tendem a reagir de forma negativa no mercado diante de entendimentos confusos e sem embasamento no melhor direito, causando assim instabilidade nas relações negociais.

**Palavras-chave:** DIREITO EMPRESARIAL. GRUPO SOCIETÁRIO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.

## ABSTRACT

The present study focuses on the disregard of the legal personality within a corporate group, according to legal, doctrinal and jurisprudential understandings. Before delving into the main subject of this research, it is important to highlight certain historical aspects, such as famous cases: Bank of United x Deveaux, in 1809 in the United States of America and the Salomon v. Salomon & CO. Ltd. Case, tried in 1896 by the House of Lords, in England, presided by Lord Macnaughten. After examining these historical aspects, theoretical aspects of the Disregard Doctrine are broached, such as major theory, minor theory and inverse theory, and legal aspects such as those disposed in Article 50 of the Civil Code and those foreseen in Article 28 of the Consumer Protection Code, among other legal statutes studied. After these introductory aspects, which support the main theme, we will demonstrate a precedent, ruled by the Labor Court of the State of São Paulo, which goes against the legal institution of disregard of the legal personality and legal devices of Brazilian legislation that define when disregard of the legal personality may occur. This precedent of the Labor Court created confusion between the aspects of solidarity responsibility and the aspects of disregard of the legal personality, resulting in legal uncertainties and negative reflexes in market dynamics. Thus, business corporations tend to react negatively in the market faced with confusing information and a lack of solid legal basis, causing instability in business relations.

**Keywords:** BUSINESS LAW. CORPORATE GROUP. DISREGARD OF THE LEGAL PERSONALITY.

## 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objeto a análise da possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica dentro de um grupo societário.

Serão analisados aspectos doutrinários, jurisprudências, artigos e o projeto de lei 1572/11 (Código Comercial), onde também existe a previsão da desconsideração da personalidade jurídica.



No ordenamento jurídico atual, existem algumas hipóteses legais prevendo a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, como, por exemplo, o artigo 50 do Código Civil e o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor. Diante dessas normas, o magistrado poderá desconsiderar ou não a autonomia patrimonial da sociedade empresaria para efetivar a pretensão do autor do pedido.

Acontece que alguns tribunais brasileiros vêm confundindo a responsabilidade solidária com a desconsideração da personalidade jurídica, aplicando muitas vezes a desconsideração com base em enunciados legais que falam de responsabilidade solidária e não que a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada, como está previsto no §2º do artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

No primeiro capítulo será abordada a definição de grupo societário e sua ampliação no mercado como forma de expandir sua atividade.

O segundo capítulo irá abordar o princípio da autonomia patrimonial como forma de preservar o patrimônio dos sócios.

O terceiro capítulo irá discorrer sobre um breve histórico do instituto da desconsideração de personalidade jurídica, sobre as teorias maior, menor e inversa, sobre a desconsideração da personalidade jurídica dentro da Consolidação das Leis Trabalhistas, do Código Tributário e do Projeto de Lei 1572/11 que prevê a criação do Código Comercial.

E, por fim, o quarto capítulo demonstrará a banalização da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no acórdão julgado pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, onde houve o desrespeito ao princípio da autonomia patrimonial e, entendimento confundido o instituto da responsabilidade solidária e o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

## **2. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PATRIMONIAL**

A busca da personalização de uma sociedade empresária tem como escopo a separação patrimonial, ou seja, a diferenciação entre os bens dos sócios e os bens da empresa.

A personalização de uma de determinada sociedade empresária é o

reconhecimento de sua autonomia patrimonial em relação aos seus instituidores, não sendo confundidos os bens particulares de seus respectivos sócios e, tampouco, respondem os sócios pelas obrigações sociais.<sup>189</sup>

Exemplificando o afirmado acima temos o disposto no artigo 1024 do Código Civil: “Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais”.

No mesmo raciocínio segue o caput do artigo 596 do Código de Processo Civil:

Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade.

A lei das Sociedades Anônimas, no artigo 158, incisos I e II, também menciona regra idêntica às mencionadas anteriormente:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou do estatuto.

Nesse sentido Nelson Rosendal e Cristiano Chaves<sup>190</sup> dissertam sobre o tema, note-se:

O ordenamento jurídico confere personalidade jurídica às empresas, permitindo que formem uma esfera jurídica e patrimonial autônoma e independente, apartada do patrimônio individual de cada um de seus sócios. É estabelecida, assim, uma espécie de *blindagem patrimonial*, através da qual a pessoa jurídica responde pelas suas dívidas e obrigações com o seu próprio patrimônio.

Sabendo da blindagem patrimonial existente e, conseqüentemente, da limitação das perdas, o empresário busca exercer atividade econômica capitalista de maneira a minimizar os riscos.

Fazendo uma análise do mercado e da aplicação do princípio da autonomia patrimonial, Fabio Ulhoa Coelho observa:

O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídi-

<sup>189</sup> ALEMIDA, Amador Paes de. **Execuções de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas**: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 182

<sup>190</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 447-448

cas, observado em relação às sociedades empresárias, *socializa* as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos.<sup>191</sup>

A personalização das sociedades empresárias em conjunto com o princípio da autonomia patrimonial, repercute na limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios, não devendo ser descartada quando se fala em atividade econômica.

Diante do princípio da autonomia patrimonial, “o capital social, em sua vertente real, é o componente mínimo do patrimônio – a despeito de ser o objeto da tutela e de proteções legais para preservar sua incolumidade”<sup>192</sup>, a sociedade, diante de um quadro de crise econômica, pode sofrer perdas inevitáveis, tornando-se insuficiente para quitar todas as dívidas.

Cesar Ciampolini Neto, em obra coordenada por Walfrido Jorge Warde Jr., disserta sobre o tema da seguinte forma:

É bem possível que se esgote o patrimônio ou se torne insolvente a sociedade, sem que seus administradores tenham violado os deveres de cuidado e lealdade, ou que os sócios tenham se apropriado de posições jurídicas ativas de titularidade da sociedade.<sup>193</sup>

Diante do trecho acima transcrito, a autonomia patrimonial não deve ser violada pelo simples esgotamento patrimonial da sociedade empresária. Devem ser analisadas determinadas condutas dos sócios, como confusão patrimonial, fraude, abuso de direito, dentro outras previstas em lei, as quais sim poderão violar a autonomia patrimonial da sociedade desconsiderando a personalidade jurídica.

Não se justifica, deste modo, o afastamento da autonomia patrimonial quando um credor não pôde satisfazer o crédito titularizado.<sup>194</sup>

<sup>191</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 63.

<sup>192</sup> CIAMPOLINI NETO, Cesar; WARDE JR., Walfrido Jorge (Coord.). **O direito de empresa nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 268.

<sup>193</sup> CIAMPOLINI NETO, Cesar; WARDE JR., Walfrido Jorge (Coord.). **O direito de empresa nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. 269.

<sup>194</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 62.

### 3. CONCENTRAÇÃO EMPRESARIAL E ESTRUTURAÇÃO SOCIETÁRIA DE GRUPOS ECONÔMICOS COMO TÉCNICA DE OTIMIZAÇÃO DE CUSTOS PARA ATIVIDADE DE LARGA ESCALA

Até o final do século XIX e princípio do século XX as empresas buscavam o crescimento fundamentalmente com o objetivo de alcançar uma posição privilegiada no mercado, procurando reduzir os riscos da atividade empresarial<sup>195</sup>.

A busca por alcançar posição privilegiada no mercado pouco mudou nos tempos atuais, apenas houve uma convergência nos interesses de diversas sociedades na busca por melhor atuação no sistema econômico.

Quando uma sociedade empresária busca atuar em determinado mercado, ela irá buscar a extroversão, ou seja, pretende uma atuação ampliada nesse mercado.

Daniel Amin Ferraz faz alusão ao tema com os seguintes dizeres:

A empresa moderna, que goza de uma tendência expansionista natural, acabou por transformar o universo atomístico e concorrencial, onde cada empresa atuava por separado, em um marco concentracionista acentuado, passando os agentes a atuar no mercado por meio dos grupos econômicos.<sup>196</sup>

Essa concentração nada mais é do que a atuação de empresários de forma conjunta no mercado, havendo interdependência societária entre eles.

Diante do cenário atual, as sociedades empresariais não têm interesse, em regra, na atuação de forma isolada no mercado e, por conseguinte, buscam constituir grupos econômicos para facilitar a atuação no mercado global.

As sociedades empresárias buscam a concentração empresarial formando grupos societários para alcançar o crescimento da atividade em relação aos concorrentes.

Os grupos de empresas, segundo Suzy Elizabeth Cavalcante Koury, concentram-se assegurando uma unidade de direção entre pessoas jurídicas que “chegam a ser dependente uma das outras, sem que suas personalidades sejam verdadeiramente afetadas”<sup>197</sup>.

<sup>195</sup> CASTELLÕES, Leonardo de Gouvêa. **Grupos de sociedade**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 68.

<sup>196</sup> FERRAZ, Daniel Amin. **Direito empresarial: marco jurídico de internacionalização das empresas brasileiras**. Curitiba: CRV. p. 19

<sup>197</sup> KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 157

Leonardo de Gouvêa Castellões assim define grupo de sociedades:

Chega-se, então, àquela que poderá ser considerada uma definição ontológica preliminarmente satisfatória: o grupo de sociedade seria a reunião de sociedades comerciais (empresariais) que, submetidas a uma direção unitária limitada ao seu elemento qualitativo, forma um todo apto a desempenhar peculiarmente atividades econômicas.<sup>198</sup>

O mesmo autor supracitado, mais à frente em sua obra, adiciona o seguinte entendimento sobre os grupos de sociedades:

[...] sempre que uma sociedade efetivamente exerça, através de participações societárias detidas junto a outra ou outras sociedades, o poder de controle sobre elas, de modo a submeter as suas respectivas gestões sociais aos desígnios do conjunto, que deverão, portanto, atender a uma política global, poderá se falar, com alguma liberdade, em grupo de sociedades.<sup>199</sup>

Os grupos societários são formados por um interesse negocial tipicamente obrigacional e com a natureza plurilateral, afetando “tanto a empresa, enquanto organização dos fatores de produção visando determinado fim, como a própria sociedade e seus acionistas.”<sup>200</sup>

É de grande valia ressaltar que os grupos societários não possuem personalidade jurídica, eles serão formados por duas ou mais sociedades empresarias as quais apresentam personalidades jurídicas distintas.

A personalidade jurídica de cada integrante desse grupo societário será mantida, atuando no mundo jurídico como sociedades empresárias autônomas. Nesse sentido, Waldirio Bulgarelli entende sobre os grupos societários:

Mantendo as integrantes as suas respectivas personalidades jurídicas, atuam no mundo jurídico como entidades autônomas, porém subordinadas economicamente a uma direção única.

São formas mais convenientes e flexíveis do que as clássicas de incorporação e fusão de empresas.

Trata-se, assim, de participações financeiras, gerando laços e vínculos que matem as sociedades integradas, o que Waldemar Ferreira Chamava constelação planetária financeira.<sup>201</sup>

<sup>198</sup> CASTELLÕES, Leonardo de Gouvêa. **Grupos de sociedade**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 77.

<sup>199</sup> CASTELLÕES, Leonardo de Gouvêa. **Grupos de sociedade**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 77.

<sup>200</sup> CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**: 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4. t. 2. p. 326.

<sup>201</sup> BULGARELLI, Waldirio. **Manual das sociedades anônimas**. São Paulo: Atlas, 1998. p. 297.

Grupos societários, em sentido estrito, são entendidos por junções de sociedades, ou seja, “todo o conjunto, mais ou menos amplo de sociedades mercantis que, conservando suas respectivas personalidades jurídicas, encontram-se subordinadas a uma direção econômica unitária e comum”<sup>202</sup>.

Daniel Anim Ferraz faz menção para duas especificidades dos grupos societários:

Sob o ponto de vista econômico, o grupo constitui uma nova e revolucionária forma de organização da atividade econômica moderna. Ao contrário da empresa tradicional, que se caracterizava por estruturar-se como uma empresa unissocietária, a empresa de grupo se constitui como uma unidade econômica plurissocietária, também chamada de empresa articulada.

Por outro lado, sob a perspectiva jurídica, a especificidade do grupo de sociedade radica na oposição latente existente entre a situação de direito (pluralidade jurídica dos entes societários autônomos) e a situação de fato (unidade de atuação econômica, só um poder de decisão central).<sup>203</sup>

O país onde é bem retratada a importância da existência dos grupos societários é os Estados Unidos da América. Neste país, dos cem maiores grupos industriais por volta de “26% do número total de trabalhadores, realizam 43% do volume global dos negócios e possuem, sozinhos, quase 50% da totalidade do ativo patrimonial da indústria norte-americana”.<sup>204</sup>

Não apenas nos Estados Unidos da América pode ser observada a existência de um grande número de grupos econômicos, por exemplo: 70% das sociedades empresariais na Alemanha, 50% da Suíça, 60% da França, 55% da Inglaterra e 88% do Japão, recorreram à técnica jurídico-econômica de formação de grupos de sociedade.<sup>205</sup>

O crescimento progressivo dos grupos societários também acontece no

<sup>202</sup> FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 15-25, jan/jun. 2012.

<sup>203</sup> FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 15-25, jan/jun. 2012

<sup>204</sup> FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 15-25, jan/jun. 2012

<sup>205</sup> CASTELLÕES, Leonardo de Gouvêa. **Grupos de sociedade**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 77

Brasil e, com isso, é natural que o judiciário venha se deparando com problemas decorrentes de algumas práticas do mundo empresarial.

Uma dessas situações é a desconsideração, por parte do judiciário, da personalidade jurídica dentro de um grupo econômico.

### 3.1. Surgimento e evolução da teoria da desconsideração da personalidade jurídica

Muitos consideram o caso *Bank of United x Deveaux*, ocorrido no ano de 1809 nos Estados Unidos da América, como o primeiro caso da aplicação da *disregard of legal entity*.

Mesmo sendo considerada o primeiro caso da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a Suprema Corte Norte Americana definia como tema principal a competência da justiça estadual ou federal para julgar o caso.<sup>206</sup>

O juiz do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, Edilson Enedino das Chagas, discorreu de maneira breve e clara sobre a decisão proferida pelo juiz da Suprema Corte Americana:

O Juiz Marshall, então membro da Suprema Corte dos Estados Unidos, ao considerar que a demanda era travada entre sócios e o Fisco, permitiu a interpretação de que não somente a competência seria da Justiça Federal, em face de terem os sócios domicílios em mais de um Estado, mas a responsabilidade patrimonial, também, deveria ser deles, e não da pessoa jurídica Deveaux.<sup>207</sup>

No caso supracitado ficou estabelecida a competência da justiça federal norte americana para julgar o caso, pois nos Estados Unidos da América a competência da justiça federal é firmada quando existe litígio envolvendo cidadãos domiciliados em locais cujos municípios sejam diferentes, ou diferentes estados de determinada federação

A Suprema Corte Americana resolveu desconsiderar a sede do *Bank of United*, levando em consideração o domicílio dos sócios participantes.

A decisão claramente se utilizou da aplicação da teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, pois não houve qualquer investigação

<sup>206</sup> CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 294.

<sup>207</sup> CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 294.

da conduta dos sócios para poder aplicar a *disregard of the legal entity*, sendo assim “a condição de partes passivas legítimas do processo contra ela; ante pelo simples fato de serem sócios, foram considerados devedores.”<sup>208</sup>

Entretanto, o caso que ganhou maior repercussão mundial foi o *Salomon v. Salomon & CO. Ltd.*, julgado em 1896 pela Casa dos Lordes, na Inglaterra, com relatoria do Lord Macnaughten.<sup>209</sup>

Nesse caso julgado, Aaron Salomon era empresário individual e resolveu fundar uma nova pessoa jurídica, a Salomon Co., sendo o quadro societário composto apenas por ele, sua esposa e seus cinco filhos. O capital social da referida sociedade empresária correspondia a 40.000 libras esterlinas, distribuindo-se em 40.000 ações, cada uma com valor nominal de uma libra. Aaron Salomon além de sócio se tornou credor, pois o imóvel que era a sede da sociedade empresária lhe pertencia devido ao fato de sua contribuição com o capital social da Salomon Co. ter sido feito com o imóvel onde ele já exercia atividade como empresário individual.<sup>210</sup>

Um ano após a constituição da Salomon Co., devido à crise financeira que estava sofrendo, foi nomeado um liquidante para levantar todo o patrimônio existente e distribuir entre os credores. Porém, foi observado que o patrimônio líquido era insuficiente para pagamento de todos os credores.<sup>211</sup>

Um dos credores prejudicados buscou a anulação da transformação da firma individual em sociedade, trazendo no seu pedido três argumentações basilares:

1) houve superfaturamento do valor das ações adquiridas por Salomon; 2) o contrato de sociedade, por isso, serviria para fraudar credores; e 3) a concentração do capital social, adquirido em sua maioria pelo próprio Salomon, evidenciava que a administração do negócio continuou a cargo dele, sem que os demais sócios tivessem ingerência sobre os rumos da sociedade, o que estaria a atrair sua responsabilidade pessoal pela fraude noticiada.<sup>212</sup>

<sup>208</sup> CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 295.

<sup>209</sup> CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 296.

<sup>210</sup> CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 296.

<sup>211</sup> CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 296.

<sup>212</sup> CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 296.



No julgamento desse pedido, a primeira e a segunda instância reconheceram a desconsideração da personalidade jurídica, pois existiu ali uma fraude para prejudicar os interesses dos credores.

No recurso ajuizado por Aaron Salamon na Câmara dos Lordes, embora tenha sido evidenciada a fraude cometida por ele, a Câmara dos Lordes reconheceu a diferenciação do patrimônio entre a pessoa física e a pessoa jurídica, não sendo identificada qualquer irregularidade na constituição da empresa.

### 3.2. Desconsideração da personalidade jurídica

A desconsideração da personalidade jurídica é usada, no direito brasileiro, para separar o patrimônio existente da empresa a fim de atingir o patrimônio particular dos sócios. Na doutrina e na jurisprudência brasileira existe um entendimento pacífico que para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica não há dependência de qualquer alteração legislativa “na medida em que se trata de instrumento de repressão a atos fraudulentos”.<sup>213</sup>

A teoria da personalidade jurídica não tem o intuito de destruir com toda e qualquer sociedade existente, muito pelo contrário, essa teoria tem finalidade de preservar a pessoa jurídica e apenas ser aplicada quando da existência de atos fraudulentos. Fabio Ulhoa Coelho<sup>214</sup> aduz o seguinte sobre o tema:

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objeto é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam.

A desconsideração da personalidade jurídica é uma forma de desconstituir a separação patrimonial existente entre sócio e sociedade. Essa desconstituição não irá se perpetrar no tempo, apenas será desconsiderada no caso concreto.<sup>215</sup>

Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho<sup>216</sup> vão além do simples conceito doutrinário ao falar da desconsideração da personalidade jurídica:

<sup>213</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 60.

<sup>214</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 61.

<sup>215</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 240.

<sup>216</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 308.

Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário. É este o elemento fundamental, que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica, como ente distinto dos seus componentes.

É, talvez, por essa razão que uma larga corrente teórica e jurisprudencial tem procurado justificar esse efeito de afastamento de personalidade com as noções de abuso de direito e de fraude à lei.

Para os autores supramencionados, esse entendimento deixa de abarcar casos onde a ineficácia da separação patrimonial ocorre em benefício do controlador, sem que exista qualquer abuso ou fraude.<sup>217</sup>

A desconsideração da personalidade jurídica resulta, na maioria das vezes, “de abuso ou fraude, mas que nem sempre constitui um ato ilícito.”<sup>218</sup>

Na legislação brasileira a desconsideração da personalidade jurídica está positivada em alguns diplomas legais:

Código Civil

Art. 50: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Lei 12.529 de 30 de novembro 2011

Art. 34 A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.

Parágrafo único. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração.

Os dispositivos legais colacionados acima são apenas a título de exemplo, pois há outros mandamentos legais que permitem a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica. O objetivo é demonstrar que não só o código civil menciona expressamente a possibilidade da desconsideração da personalidade

<sup>217</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 308.

<sup>218</sup> COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 309.

jurídica, mas outros dispositivos legais também mencionam essa possibilidade. É necessário averiguar cada caso para saber se é possível ou não isso.

### 3.2.1. *Teoria maior*

A teoria maior sustenta que somente será possível a aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica em casos esporádicos, devendo ser analisado caso a caso, sendo “cabível ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica como uma forma de combate a fraudes e abusos praticados através dela.”<sup>219</sup>

Nesse sentido, a Terceira Turma do Superior Tribunal Justiça<sup>220</sup> cimentou:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DOCC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ALCANCE DO SÓCIO MAJORITÁRIO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS.

1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

3. A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 50 do CC/02, consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.

4. **Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.**

<sup>219</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 453.

<sup>220</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1325663**. Recorrente: Morocó Participações e Comércio SA. Recorrido: Riprauto Veículos Ltda. – Massa Falida. Relator(a): Min. Nancy Andrighi. Data do Julgamento: 11 de junho de 2013.

**5. Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica somente alcançam os sócios participantes da conduta ilícita ou que dela se beneficiaram, ainda que se trate de sócio majoritário ou controlador.** 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (g.n)

Comungando no mesmo sentido do Superior Tribunal de Justiça, o Enunciado 7 da Jornada de Direito Civil estabeleceu:

Só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular, e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.

Vale ressaltar que caso a sociedade empresária venha a cometer atos descritos no artigo 50 do Código Civil ou em qualquer outro mandamento legal, a decisão de decretar a desconsideração da personalidade jurídica não irá acarretar na dissolução ou anulação da sociedade. O que acontecerá é uma suspensão temporária, no caso em julgamento, do ato constitutivo da sociedade, e não o desfazimento ou a invalidação desse ato. Portanto, a autonomia patrimonial será preservada para todos os demais efeitos de direito.<sup>221</sup>

Em suma, diante da importância da autonomia patrimonial e da cautela com que deve ser aplicada, apenas em casos excepcionais, a desconsideração da personalidade jurídica, não basta apenas o descumprimento de uma obrigação por parte da pessoa jurídica para aplicar a desconsideração, é necessário que tal descumprimento ocorra em virtude de confusão patrimonial ou ato fraudulento.<sup>222</sup>

### 3.2.2. Teoria menor

A teoria menor, diferentemente da teoria maior, não considera e nem investiga a existência de confusão patrimonial e o desvio de finalidade. Essa teoria abarca a conjectura que o “simples desatendimento de crédito titularizado perante uma sociedade, em razão da insolvabilidade ou falência desta, seria suficiente para a imputação de responsabilidade aos sócios ou acionistas.”<sup>223</sup>

Para a teoria em comento, caso a sociedade não venha a ter patrimônio

<sup>221</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 65.

<sup>222</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: teoria geral e direito societário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 246.

<sup>223</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 69.

suficiente para honrar com as obrigações assumidas e, sendo os sócios solventes, deve ser aplicada a *disregard of legal entity*.<sup>224</sup>

Fabio Ulhoa Coelho faz uma ótima observação sobre essa teoria:

De acordo com esta distorção, se a sociedade não possui patrimônio, mas o sócio é solvente, isso basta para responsabilizá-lo por obrigação daquela. A aplicação apressada da teoria não se preocupa em distinguir a utilização fraudulenta da regular do instituto, nem indaga se houve ou não abuso de forma.<sup>225</sup>

O informativo 356 do Superior Tribunal de Justiça menciona a legislação que possibilita a aplicação dessa teoria, conforme transcrito abaixo:

DESCONSIDERAÇÃO. PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESSUPOSTOS.

Houve a desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) da empresa devedora, ao imputar ao grupo controlador a responsabilidade pela dívida, sem sequer as instâncias ordinárias declinarem presentes os pressupostos do art. 50 do CC/2002. Houve apenas menção ao fato de que a cobrança é feita por um órgão público e que a empresa controlada seria simples *longa manus* da controladora. Daí a violação do art. 131 do CPC, visto que não há fundamentação nas decisões das instâncias ordinárias, o que leva a afastar a extensão do arresto às recorrentes em razão da exclusão da desconsideração da personalidade jurídica da devedora, ressalvado o direito de a recorrida obter nova medida para a defesa de seu crédito acaso comprovadas as condições previstas no retrocitado artigo. **Anotou-se não se cuidar da chamada teoria menor: desconsideração pela simples prova da insolvência diante de tema referente ao Direito Ambiental (art. 4º da Lei n. 9.605/1998) ou do Consumidor (art. 28, § 5º, da Lei n. 8.078/1990), mas sim da teoria maior que, em regra, exige a demonstração do desvio de finalidade da pessoa jurídica ou a confusão patrimonial.** Precedente citado: REsp 279.273-SP, DJ 29/3/2004. REsp 744.107-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgado em 20/5/2008. (g.n)

Observa-se que no caso mencionado no Informativo 356 o Superior Tribunal de Justiça não aceitou o pedido, de forma infundada, para desconsiderar a personalidade jurídica, por considerar que tal pedido está

<sup>224</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 246.

<sup>225</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 69.

previsto na legislação ambiental e na legislação consumerista, conforme demonstrado abaixo:

LEI Nº 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998

Art. 4º Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.

LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

A aplicação da desconsideração de forma meramente objetiva, fora das hipóteses dos artigos supracitados, aniquila o princípio da autonomia patrimonial<sup>226</sup>, ou seja, começa a criar regras e precedentes não previstos no mundo jurídico, refletindo na insegurança do mercado, pois deveria ser apenas aplicado em casos excepcionais admitido por lei.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 279273/SP, entendeu ser aplicada a teoria menor na seguinte condição:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º.

- Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão

<sup>226</sup> CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 296.

Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum.

- A teoria maior da desconconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconconsideração).

- **A teoria menor da desconconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial.**

- Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica.

- A aplicação da teoria menor da desconconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

- Recursos especiais não conhecidos. (g.n)

Nota-se que a aplicação da teoria menor foi utilizada no caso envolvendo o consumidor, pois em tal situação não haveria outro modo para ressarcir os prejuízos causados aos consumidores.

Mesmo existindo hipótese de a teoria menor ser aplicada, deve ser evitada a banalização da aplicação desta teoria, pois, caso contrário, a prática da atividade empresarial tornar-se-á inviável.

Edilson Enedino explica as barreiras à atividade empresarial devido à aplicação da teoria menor:

Se a atividade econômica é empreendida por um membro da coletividade, trazendo benefícios e riscos para ele, e apenas benefícios para todos os demais, a tendência é a de que

todos queiram apenas os benefícios e ninguém se disponha ao risco da atividade econômica, eliminando, assim, a produção. Quando o risco é de alguns e o benefício é de todos, isso desestimula os que correm o risco, e o benefício será de ninguém.<sup>227</sup>

A aplicação de forma banalizada, ou seja, sem qualquer previsão legal, do instituto da desconsideração da personalidade jurídica reflete na insegurança e em risco muito alto a ser assumido pelo empreendedor, o que por óbvio será repassado para a ponta de consumo e mão de obra.

### 3.2.3. Teoria inversa

A desconsideração inversa acontece quando o sócio usa uma pessoa jurídica para esconder dos credores o seu patrimônio pessoal, ou quando sociedades empresárias desviam seus bens para outra sociedade pertencente ao mesmo grupo econômico.

Assim entendeu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial 1253383/MT:

RECURSO ESPECIAL. EMPRESARIAL. PROCESSO CIVIL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RECONHECIMENTO DE GRUPO ECONÔMICO. REVISÃO DOS FATOS AUTORIZADORES. SÚMULA Nº 7/STJ. NULIDADE POR FALTA DE CITAÇÃO AFASTADA. EFETIVO PREJUÍZO PARA A DEFESA NÃO VERIFICADO. OFENSA À COISA JULGADA INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. SÚMULA Nº 98/STJ.

1. Reconhecido o grupo econômico e verificada confusão patrimonial, **é possível desconsiderar a personalidade jurídica de uma empresa para responder por dívidas de outra**, inclusive em cumprimento de sentença, sem ofensa à coisa julgada. Rever a conclusão no caso dos autos é inviável por incidir a Súmula nº 7/STJ.

2. A falta de citação da empresa cuja personalidade foi desconsiderada, por si só, não induz nulidade, capaz de ser reconhecida apenas nos casos de efetivo prejuízo ao exercício da defesa, inexistente na hipótese.

3. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, provido.<sup>228</sup>

<sup>227</sup> CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 313.

<sup>228</sup> REsp 1253383 / MT RECURSO ESPECIAL 2011/0075097-0. Relator(a) Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva Órgão Julgador - Terceira Turma. Data do Julgamento 12/06/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 05/10/2012



Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald denominam essa hipótese como: desconsideração indireta da personalidade jurídica. Essa forma de desconsideração ocorre quando empresas controladoras utilizam da personalidade jurídica da empresa controlada, coligada, subsidiária integral, etc., para prejudicar relações com terceiros ou para obter vantagens indevidas.<sup>229</sup>

Assim lecionada Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:

Nessa hipótese, encontra-se a chamada *desconsideração indireta da personalidade jurídica*, através da qual é permitido o levantamento episódico do véu protetivo da empresa controlada para responsabilizar a empresa-controladora (ou coligada...) por atos praticados com aquela de modo abusivo ou fraudulento.<sup>230</sup>

Quando se fala em grupo societário, vale ressaltar que o fato de determinada pessoa ser sócia de duas ou mais empresas do mesmo grupo econômico não é requisito para desconsiderar a personalidade jurídica da empresa que não teve relação com o fato em questão, que poderia autorizar a desconsideração da personalidade jurídica.

O Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região no julgamento do Agravo de Petição número 283200700610008, de relatoria da Desembargadora Maria Regina Machado Guimarães, que foi julgado no dia 16 de outubro de 2013 pela 1ª Turma, manteve o seguinte entendimento:

TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA ÀS AVESSAS. INAPLICABILIDADE. Segundo a dicção do art. 50 do atual Código Civil, em caso de abuso da personalidade jurídica, pode o juiz decidir que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios das pessoas jurídicas. Pretender a aplicação de forma invertida deste artigo, ou seja, que os bens de outra empresa, pertencente ao sócio executado, respondam pelo débito de responsabilidade da empresa reclamada, que originariamente figurou como executada resultaria na inclusão de pessoa jurídica, estranha à lide, no pólo passivo, para pagamento de dívidas trabalhistas da empresa reclamada. Tal hipótese só seria possível nos casos em que restasse configurada eventual sucessão de empresas ou formação

<sup>229</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 478.

<sup>230</sup> ARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 478.

de grupo econômico. O simples fato de o sócio da executada também participar como sócio de outras empresas não autoriza a aplicação da pretendida desconconsideração da personalidade jurídica às avessas. MULTA DO ART. 475-J DO CPC. INCOMPATIBILIDADE COM O PROCESSO DO TRABALHO. “[...]A decisão que determina a incidência da multa do art. 475-J do CPC, em processo trabalhista, viola o art. 889 da CLT, na medida em que a aplicação do processo civil, subsidiariamente, apenas é possível quando houver omissão na CLT, seguindo, primeiramente, a linha traçada pela Lei de Execução Fiscal, para apenas após fazer incidir o CPC. Ainda assim, deve ser compatível a regra contida no processo civil com a norma trabalhista, nos termos do art. 769 da CLT, o que não ocorre no caso de cominação de multa no prazo de quinze dias, quando o art. 880 da CLT determina a execução em 48 horas, sob pena de penhora, não de multa. Recurso de revista conhecido e provido para afastar a multa do art. 475-J do CPC. (RR-668-2006-005-13-40, 6ª Turma do col. TST, Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, pub. DJ em 8.3.2008). (g.n)

Como acima demonstrado, para desconsiderar a personalidade jurídica de forma indireta, também deve ser levada em consideração a existência do abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial (artigo 50 do Código Civil), não sendo suficiente o simples fato do sócio de determinada sociedade empresária ser também sócio de outra sociedade empresaria pertencente ao mesmo grupo econômico.

### **3.3. A incorporação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica no projeto de lei 1572/11 (código comercial)**

O Projeto de Lei 1572 de 2011, que estabelece a criação de um código comercial brasileiro, traz nos artigos 128 a 131 a hipótese onde a teoria da desconconsideração da personalidade jurídica poderá ser aplicada:

Seção II – Da desconconsideração da personalidade jurídica  
Art. 128. Em caso de fraude perpetrada por meio da autonomia patrimonial da sociedade empresária, o juiz poderá ignorar a personalidade jurídica própria desta para imputar a responsabilidade ao sócio ou administrador.

Parágrafo único. A confusão patrimonial ou o desvio de finalidade importam a presunção relativa de fraude.

Art. 129. A simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade empresária para a satisfação de direito de credor não autoriza a desconconsideração de sua personalidade jurídica.

Art. 130. A imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, em decorrência da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade empresária, só poderá ser determinada pelo juiz depois de assegurado o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Art. 131. No mesmo ato em que deferir pedido de desconsideração da personalidade jurídica de sociedade empresária, o juiz determinará a comunicação ao distribuidor, com a identificação do sócio ou administrador a quem imputou responsabilidade.

O artigo 128 reafirma o previsto no artigo 50 do Código Civil vigente, ou seja, “o viés subjetivo da técnica da desconsideração da personalidade jurídica continuará a reclamar uma conduta desvirtuada dos sócios, para que respondam com seus bens por dívidas sócias.”<sup>231</sup>

O artigo 129 demonstra que a teoria maior foi adotada no novo Código Comercial, afastando a aplicação da teoria menor. Isso está demonstrado quando o texto do referido artigo menciona que a simples insuficiência de bens no patrimônio da sociedade empresária para satisfação de direito de credor não autoriza a desconsideração de sua personalidade jurídica. Assim, nas relações entre empresários não haveria possibilidade para aplicação da teoria menor.<sup>232</sup>

Na visão comercial, quando a legislação estabelece critérios mais tangíveis para aplicação de determinado instituto, há reflexo no mercado deixando as relações entre empresários mais seguras, refletindo essa segurança para os terceiros.

No dia 10 de julho de 2015 o ministro Marco Aurélio, em palestra ministrada na Universidade de Coimbra, mencionou a seguinte frase:

O direito, ao fazer prevalecer a segurança jurídica, pode minimizar os riscos modernos das incertezas. Se a era das incertezas é um fato, o direito deve, em proveito dos cidadãos, atuar contra suas consequências indesejadas.<sup>233</sup>

Atualmente, com as várias interpretações dadas à desconsideração da personalidade jurídica, a incerteza gera uma percepção muito maior do risco da

<sup>231</sup> CHAGAS, Edilson Eneidino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 317.

<sup>232</sup> CHAGAS, Edilson Eneidino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 317.

<sup>233</sup> MELLO, Marco Aurélio. **O direito em tempos de incertezas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI223331,41046-O+Direito+em+tempos+de+incertezas+por+Marco+Aurelio+Mello>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

atividade, pois não sabe como será interpretada determinada ação tomada por uma sociedade empresária.

O projeto do Código Comercial tenta na direção das palavras proferidas pelo ministro Marco Aurélio, ou seja, vai contra a incerteza que existe no ordenamento jurídico atual. Com isso, possivelmente, a minimização do risco irá diminuir as incertezas, podendo trazer a dinâmica necessária e desejada para as atividades empresariais.

#### **4. GRUPO SOCIETÁRIO E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

As pessoas jurídicas, em regra, são responsáveis por produções de bens e pela prestação de serviços em diversos setores da economia, podendo atuar de forma conglomerada tornando-se comum a formação de parceria empresarial e de grupos societários.

Com a formação de grupos societários e das parcerias empresariais, é primordial a existência de uma segurança jurídica e econômica no mercado, para que as sociedades empresárias possam desenvolver as atividades com o menor grau de risco possível.

As inseguranças jurídicas são reflexos de algumas decisões, e essas abrem precedentes que podem impactar o mercado de forma negativa, como no caso do processo número 0046400-53.2002.5.02.0024, julgado pela 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região:

RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO DE EMPRESA DO GRUPO ECONÔMICO DO EMPREGADOR. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. O ex-sócio de empresa pertencente ao grupo econômico do empregador, cuja participação societária ocorreu durante a vigência do contrato de trabalho do empregado, responde pelo crédito trabalhista, por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

Inconformado com a decisão de fls. 694 que julgou Improcedentes os Embargos à Execução, agrava de petição o executado Ronald Marques, às fls. 700/703, alegando, em síntese, que é parte ilegítima para a execução, pois não manteve qualquer relação com as executadas ou seus sócios e, requerendo a desconstituição da penhora.

Tempestividade observada. Contraminuta às fls. 706/707, em que aduz preliminares de intempestividade e não de-

limitação de matérias e valores impugnados. É o relatório.  
VOTO

Conhece-se do agravo de petição, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

#### TEMPESTIVIDADE

O agravado aduz que o recurso é intempestivo.

Cabe agravo de petição, no prazo de 8 (oito) dias, das decisões do Juiz, nas execuções, nos termos do art. 899, alínea a da CLT.

A decisão agravada foi publicada no dia 23.10.2013 (fls. 699), em decorrência da devolução de prazo recursal, tendo em vista que a primeira notificação da decisão dos embargos foi publicada em nome de advogado que não representa o agravante.

O agravo foi interposto no mesmo dia da publicação da decisão (fls. 700), ou seja, dentro do prazo legal de oito dias.

Rejeita-se a preliminar.

#### DELIMITAÇÃO DE MATÉRIA E VALORES

O agravado pugna pelo não conhecimento do agravo, ante a ausência de delimitação das matérias e valores impugnados, nos termos do art. 897, § 1º, da CLT.

A matéria objeto do agravo está corretamente delimitada, ilegitimidade passiva, referindo-se ao valor integral penhorado.

Rejeita-se a preliminar.

Conhece-se do agravo de petição, eis que presentes os pressupostos de admissibilidade.

#### RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO DE EMPRESA DO GRUPO ECONÔMICO

O agravante aduz ser parte ilegítima para a execução. Refere que não manteve qualquer relação com as executadas ou seus sócios.

O agravante foi sócio da Viação Terra Branca Ltda., no período de 19.01.1999 a 04.10.1999.

A Viação Terra Branca Ltda., foi incluída no polo passivo da execução, por pertencer ao mesmo grupo econômico da empregadora do agravado, Viação Vila Formosa Ltda., conforme decisão de fls. 588.

Não obstante o agravante não tenha sido sócio da Viação Vila Formosa Ltda., participou do quadro societário de empresa do grupo econômico da executada.

A figura do grupo econômico está prevista no § 2º, do artigo 2º, da CLT, que assim dispõe:

“Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, so-

lidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”.

Portanto, a responsabilidade entre os integrantes do grupo econômico é solidária e decorre de lei (artigo 265, do Código Civil c/c § 2º, do artigo 2º, da CLT).

O grupo econômico nos moldes trabalhistas não pede a inscrição típica do Direito Empresarial que requer o registro das empresas como holding, consórcio ou outros.

Veja que a parte final do acórdão colacionado neste trabalho afirma a existência, dentro da legislação trabalhista, de responsabilidade solidária, o que até então não há nenhum problema.

No último parágrafo acima, tem a seguinte afirmação: “O grupo econômico nos moldes trabalhistas não pede a inscrição típica do Direito Empresarial que requer o registro das empresas como holding, consórcio ou outros.” Ora, com essa afirmação temos a não comunicabilidade das matérias jurídicas, como se cada matéria não pudesse ser intrinsecamente ligada e estudada.

Realmente de uma maneira didática, existe uma separação das matérias jurídicas, assim como é adotada nas faculdades de direito. Porém, com a integração mundial e das matérias, ou seja, em cada decisão que é tomada as normas e as matérias se misturam, não podendo se desconsiderar uma matéria para beneficiar outra, caso contrário o mercado poderá reagir de maneira diversa da economicamente esperada.

O acórdão 0046400-53.2002.5.02.0024 julgado pela 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região continua justificando o porquê da desconsideração:

[...] A jurisprudência atual consolidou o entendimento de que a formação do grupo econômico não depende de efetiva direção hierárquica e controle da chamada empresa líder, mas reconhece a configuração do grupo econômico considerando o rol de empresas ligadas por coordenação e que atuam conjuntamente para execução do empreendimento. Todavia, é imprescindível prova apta a demonstrar os pressupostos necessários à formação do grupo econômico, como a direção comum ou que as sociedades estejam ligadas por coordenação e que atuem conjuntamente para execução do empreendimento, o que se vê nos autos.

O agravado foi empregado da Viação Vila Formosa Ltda., cujo contrato de trabalho vigeu de 01.02.1995 a 25.09.2001. A executada Viação Vila Formosa Ltda. tem em seu quadro societário, a Viação Esmeralda Ltda. e a Viação Vila Rica Ltda. que têm entre seus sócios, Rene Gomes de Souza,

que durante a vigência do contrato de trabalho do agravado, também era sócio da Viação Terra Branca Ltda., da qual também foi sócio o agravante no mesmo período (fls. 518/581).

Assim, a Viação Vila Formosa Ltda. e a Viação Terra Branca Ltda., e diversas outras empresas (518/581), foram administradas e dirigidas concomitantemente pelo mesmo sócio, e na consecução dos mesmos interesses, no transporte rodoviário de passageiros, o que evidencia a existência de grupo econômico, nos moldes do disposto no § 2º do art. 2º da CLT.

A estreita ligação existente entre as empresas, revelada pela direção comum, e a inequívoca comunhão de interesses, revelam-se suficientes para o convencimento acerca da configuração de grupo econômico, implicando na responsabilização solidária de seus integrantes quanto ao crédito trabalhista, nos termos do art. 2º, § 2º, da CLT, bem como de seus sócios, em razão da desconsideração da personalidade jurídica.

Novamente o acórdão acima carece do melhor entendimento. O §2º do artigo 2º da Consolidação das leis trabalhistas menciona que:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Ora, a solidariedade supramencionada é a existente entre as empresas pertencentes ao mesmo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. Quando a 17ª turma do TRT da 2ª Região entendeu por aplicar o artigo 2º, §2º da CLT, o fez de maneira equivocada, pois nesse dispositivo não há previsão de acarretar a responsabilidade para o sócio. Esse artigo demonstra o respeito ao princípio da autonomia empresarial, que foi ignorada para justificar a aplicação da CLT na desconsideração da personalidade jurídica sem que haja a existência de fraude ou qualquer outra forma prevista por lei para aplicação dessa desconsideração.

O acórdão continua assim:

A inclusão do agravante no polo passivo da execução decorre da desconsideração da personalidade jurídica da Viação Terra Branca Ltda., sendo irrelevante que não tenha sido sócio da Viação Vila Formosa Ltda., pois foi sócio de empresa do grupo econômico do real empregador do agravado durante a vigência do contrato de trabalho, logo, beneficiou-se da força de trabalho do empregado.

Oportuno ressaltar que no âmbito processual trabalhista opera-se a desconsideração da personalidade jurídica pelo mero inadimplemento da pessoa jurídica (Teoria Menor), sendo desnecessária a verificação de abuso da personalidade jurídica, pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial (Teoria Maior), podendo, inclusive, ocorrer a desconsideração de ofício pelo Magistrado, não sendo necessário requerimento das partes. É certo, também, que na seara trabalhista afere-se a responsabilidade do sócio ou administrador considerando sua permanência no quadro societário ou administração da empresa durante a vigência do contrato de trabalho.

Assim, o ex-sócio de empresa pertencente ao grupo econômico do empregador, cuja participação societária ocorreu durante a vigência do contrato de trabalho do empregado, responde pelo crédito trabalhista, por meio da desconsideração da personalidade jurídica.

Não obstante, o agravante poderá proceder à correta nomeação de bens da sociedade e sócios atuais, livres e desembarcados, situados no foro da execução e suficientes para o pagamento do débito, nos termos do artigo 596, § 1º do CPC. Nesse contexto, o agravante é responsável pelo crédito trabalhista, posto que foi sócio de empresa do grupo econômico do real empregador do agravado durante a vigência do contrato de trabalho, beneficiando-se de sua força de trabalho, pelo que restam mantidas sua inclusão no polo passivo da execução, bem como a penhora efetuada.

Mantém-se.

ANTE O EXPOSTO, ACORDAM os Magistrados integrantes da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região em: CONHECER do Agravado de Petição, rejeitar as preliminares arguidas pelo agravado e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO

Com relação à aplicação da teoria menor no acórdão em comento, não há base legal que justifique a aplicação da desconsideração da personalidade. Apenas desconsiderar por achar “mais fácil” aplicar a teoria menor é banalizar o instituto da desconsideração.

De acordo com a teoria menor, basta o não pagamento de um crédito para se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica e, caso a sociedade não tenha patrimônio suficiente para honrar suas obrigações, mas os sócios forem solventes, deve ser aplicada a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.<sup>234</sup>

<sup>234</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 242.



A doutrina de Marlon Tomazette dispõe a seguinte informação sobre aplicação da teoria menor:

Tal teoria praticamente ignora a ideia de autonomia patrimonial das pessoas jurídicas e não se coaduna com a própria origem de aplicação da teoria da desconsideração. Ao contrário de proteger, a teoria menor acaba por minar a existência da autonomia patrimonial, em nada favorecendo aqueles que se dignam a exercer atividades econômicas.<sup>235</sup>

Marlon Tomazette conclui da seguinte forma:

O uso indevido da pessoa jurídica deve ser coibido, mas não deve ser ignorada sua autonomia patrimonial. O surgimento da autonomia patrimonial foi e continua sendo um instrumento essencial, para incentivar o exercício de atividades econômicas, logo, não se pode simplesmente ignorar essa autonomia, mesmo com todo o uso abusivo da pessoa jurídica.<sup>236</sup>

Nesse diapasão, o entendimento da 17ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região fortalece a insegurança que existe no mercado brasileiro.

Quando o desembargador menciona “... ocorrer à desconsideração de ofício pelo Magistrado...”, esse é um entendimento que causa estranheza ao direito.

Por força do artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas, na falta de previsão legal, como no caso da desconsideração da personalidade jurídica dentro da lei trabalhista, poderão ser aplicadas outras normas para sanar as lacunas existentes. Uma norma onde existe a previsão da desconsideração de ofício pelo magistrado é no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, a qual não é aplicável nas relações trabalhistas.

O artigo 50 do Código Civil, combinado com o artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas, seria o dispositivo que poderia ser aplicado na justiça trabalhista, pois existiria respeito aos princípios da autonomia patrimonial e da responsabilidade limitada e ao instituto de desconsideração da personalidade jurídica, sendo assim possível aplicar a *disregard of legal entity*.

Mesmo sendo apontado o desacordo com o entendimento da justiça trabalhista, esse é o entendimento majoritário dos tribunais do trabalho e,

<sup>235</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 242.

<sup>236</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 242.

com isso o mercado se depara com um cenário de incertezas e inseguranças, influenciando no elemento que irá compor o custo da atividade econômica, ou seja, o preço a ser pago pelo consumidor ao adquirir produtos ou serviços ou até mesmo a remuneração que será paga ao empregado. O capital de determinada atividade econômica apenas seria utilizado para engrandecer o patrimônio pessoal de cada sócio, reduzindo custo e praticando preço elevado. Nesse sentido a lição de Fabio Ulhoa Coelho explica o seguinte:

Se o direito não fornecer meios que garantam aos empreendedores, no sentido de preservá-los da possibilidade de perda total, eles tenderão a buscar maior remuneração para os investimentos nas empresas. Em outros termos, apenas aplicariam seus capitais em negócios que pudessem dar lucro suficiente para construir um patrimônio pessoal de tal grandeza que não poderia perder-se inteiramente na hipótese de futura e eventual responsabilização.<sup>237</sup>

Outro julgado que desconsiderou a personalidade jurídica de grupo societário foi o Agravo de Instrumento 20130020307570 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, julgado em 26 de fevereiro de 2014 pela 6ª Turma Cível, de relatoria do desembargador Esdras Neves:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. GRUPO ECONÔMICO. POSSIBILIDADE. A desconsideração da personalidade jurídica, por se tratar de medida excepcional, **requer a demonstração do desvio de finalidade**, caracterizada pelo ato intencional dos sócios de **fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou a confusão patrimonial**, demonstrada pela inexistência de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios. Havendo prova no sentido de que ocorre confusão patrimonial entre os bens das empresas integrantes do mesmo grupo econômico, deve-se autorizar a desconsideração inversa da personalidade jurídica. (g.n)

Observa-se que o acórdão aplicou a desconsideração da personalidade jurídica como uma medida excepcional, devendo ainda ser demonstrado o desvio de finalidade, caracterizado pelo ato intencional dos sócios em fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica.

<sup>237</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 2. p. 60.

Apesar de os dois acórdãos demonstrados serem de matérias diferentes, é observado que ambos aplicam a desconsideração da personalidade jurídica dentro do grupo econômico, sendo que na justiça trabalhista não houve o devido respeito aos requisitos legais para que fosse violado o princípio da autonomia patrimonial. Já no segundo acórdão demonstrado, mesmo existindo aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, essa aplicação não foi feita de forma banalizada e desarrazoada, houve preocupação em respeitar os requisitos legais para não violar o princípio da autonomia empresarial.

Em contraponto aos entendimentos supramencionados, onde houve aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, a corte especial do Superior Tribunal de Justiça homologou sentença estrangeira da Espanha a qual foi proposta pela Age Blue S.L contra empresa aérea Varig España, representada pela Varig S.A., que exclui do polo passivo sociedades empresárias pertencentes ao mesmo grupo econômico:

A espanhola buscava obter danos materiais pelo não cumprimento de acordo firmado com a Varig, contratada para transportar carga de alimentos perecíveis, que se estragaram pelo incorreto armazenamento e transporte. A Age Blue ainda acionou judicialmente algumas empresas ligadas à Varig em processo de recuperação judicial, como a TAP, a Flex e a VRG Linhas Aéreas S.A., representada pela Gol, mas o ministro Humberto Martins julgou extinto o processo com relação a elas. Segundo ele, essas unidades não podem responder pela empresa original, sendo a Varig España a única legítima para estar no polo passivo da demanda.<sup>238</sup>

Em julgamento do Recurso Especial 1.404.366-RS, publicado em 9 de fevereiro de 2015 e que teve como relator o Ministro Rau Araújo, o Superior Tribunal de Justiça ilustrou bem a questão da existência ou não da solidariedade de sociedades empresárias pertencentes ao mesmo grupo econômico:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. EMPRESARIAL. EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO CABÍVEL. ILEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Nos ter-

<sup>238</sup> Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <[www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/noticias/noticias/STJ-homologa-senten%C3%A7a-estrangeira-contr-a-Varig-S.A.](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/STJ-homologa-senten%C3%A7a-estrangeira-contr-a-Varig-S.A.)>. Acesso em: 20 out. 2015.

mos da jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, o recurso cabível contra a decisão que julga a exceção de pré-executividade, sem extinguir o processo de execução, é o agravo de instrumento, e não a apelação. 2. **As sociedades empresárias, ainda que integrantes de um mesmo grupo econômico, quando não figurem como parte no título executivo extrajudicial, não estão legitimadas a integrar o polo passivo da execução.** 3. **Tratando-se de sociedades distintas, com razões sociais, objetos e patrimônios próprios, o simples fato de pertencerem ao mesmo grupo de empresas não as torna solidárias nas respectivas obrigações, sendo descabida a aplicação da teoria da aparência para, com isso, ampliar-se a legitimação no polo passivo de ação executiva.** 4. **Cada pessoa jurídica tem personalidade e patrimônio próprios, distintos, justamente para assegurar-se a autonomia das relações e atividades de cada sociedade empresária, ainda que integrantes de um mesmo grupo econômico. Do contrário, a legislação faria a equivalência aplicada equivocadamente no v. acórdão recorrido ou até vedaria a formação de grupos econômicos pela inutilidade da medida. Somente em casos excepcionais essas distinções podem ser superadas, motivadamente (Código Civil, art. 50).** 5. Recurso especial conhecido e provido.

O julgamento acima deixou claro alguns pontos que devem ser observados: (i) a personalidade jurídica de cada sociedade empresária, inclusive às pertencentes ao mesmo grupo econômico, deve ser respeitada; (ii) respeito ao princípio da autonomia patrimonial; (iii) a excepcionalidade da aplicação do artigo 50 do Código Civil e; (iv) observância da legislação com relação a solidariedade entre empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico e do instituído da desconsideração da personalidade jurídica, não podendo ser confundido a solidariedade com a desconsideração da personalidade jurídica.

#### **4.1. A aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho**

No Brasil, alguns doutrinadores e tribunais dão interpretação ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica como se fosse igual aos casos de imputação legal de responsabilidade ao sócio ou ao administrado.<sup>239</sup>

Devido ao fato do Direito do trabalho ter como princípio o *pro operário*,

<sup>239</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.). **Direito societário contemporâneo**. I. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 317.

tutelando o trabalhador a fim de compensar a sua inferioridade econômica, não poderia consagrar na aplicação desconconsideração da personalidade jurídica a autonomia das empresas integrantes de grupos econômicos.

O direito do trabalho tem como um dos objetivos, de evitar a utilização indevida da “personalidade jurídica pelas empresas agrupadas para lesarem os empregados e seus direitos.”<sup>240</sup>

Mas mesmo tendo como princípio o *pro operário*, o direito do trabalho não pode apenas analisar apenas com base no direito do trabalho e deixar de lado todos os outros ramos do direito e as interpretações já existente.

Diante das análises isolados da jurisprudência e doutrina trabalhista sobre a desconconsideração da personalidade jurídica, diversas são as interpretações equivocadas sobre a desconconsideração da personalidade jurídica, uma delas é a dada ao § 2º do Artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas. Vejamos:

Art. 2º

§ 2º - Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

A imposição legal acima é uma hipótese distinta da desconconsideração, é bem clara no entendimento que tal dispositivo menciona a possibilidade de responsabilidade solidária entre a empresa principal e cada uma das subordinadas.

Thereza Nahas, ao discordar da aplicação do instituto da desconconsideração da personalidade jurídica na Consolidação das Leis Trabalhistas, justifica sua discordância com os seguintes dizeres:

Primeiramente, cumpre lembrar que o instituto da desconconsideração tem por base e jurisprudencial a superação da autonomia patrimonial, calcada na coibição da fraude ou abuso de direito cometida pelo(s) sócio(s) ou administrador(res) quando manipula a pessoa jurídica. A tese para privilegiar o instituto da personalização, assegurando direito daqueles que contratam com pessoa jurídica e confiam na sua idoneidade aparente.<sup>241</sup>

<sup>240</sup> KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 157.

<sup>241</sup> NAHAS, Thereza Christina. **Desconconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 99-100.

Trilhando nesse caminho, segue a doutrina de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves:

Com efeito, o §2º do art. Consolidação das Leis do Trabalho cuida, em verdade, de hipótese de *responsabilidade solidária* entre empresas componentes de grupos econômicos – o que, aliás, se mostra de grande relevo nos dias atuais, nos quais proliferam as mais diversas formas de atuação empresarial.<sup>242</sup>

“Nota-se que, na hipótese do dispositivo da lei trabalhista, sequer fala e, fraude ou qualquer tipo de abuso na utilização da pessoa jurídica; a norma simplesmente estabelece solidariedade entre empresas do mesmo grupo.”<sup>243</sup>

A responsabilidade solidária mencionada na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) aspira à proteção direta e integral do trabalhador, visando garantir a possibilidade de alcançar os grupos econômicos e qualquer das pessoas integrantes sem a necessidade da caracterização da fraude ou confusão patrimonial. Sendo assim, na hipótese estabelecida pela CLT, a personalidade jurídica não será suprimida, estabelecendo apenas “os riscos da atividade econômica exercida para alcançar terceiros.”<sup>244</sup>

É cabível falar em desconconsideração da personalidade jurídica quando a responsabilidade de determinado ato não puder ser direcionada diretamente ao sócio, administrador ou qualquer outra pessoa jurídica. A pertinência do tema será possível quando a personalidade atribuída por lei se tornar obstáculo para consecução dos fins a que se destinam ou a sociedade personalizada desviar-se dos fins sociais para os quais foi suportada e aceita pelo direito.<sup>245</sup>

Marlon Tomazette menciona três motivos, que justificam a não aplicabilidade da desconconsideração da norma jurídica: (i) não se verifica a ocorrência de qualquer hipótese que justifique sua aplicação como fraude ou abuso; (ii) a norma reconhece e afirma a existência de personalidades distintas; (iii) trata-se de responsabilidade civil com responsabilização solidária das sociedades pertencentes ao mesmo grupo.<sup>246</sup>

<sup>242</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 473.

<sup>243</sup> FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 320.

<sup>244</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012. p. 473.

<sup>245</sup> NAHAS, Thereza Christina. **Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 101.

<sup>246</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 267.

Isso não quer dizer que não exista a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito trabalhista, mas sim que tal desconsideração não pode ser sustentada com base no §2º do artigo 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Diversos magistrados vêm aplicando a desconsideração da personalidade jurídica sem analisar qualquer tipo de prova ou verificar se no caso concreto existiu fraude, abuso da personalidade jurídica, desvio de finalidade e confusão patrimonial.

#### **4.2. Aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito tributário**

Há outras normas com relação à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica de forma equivocada como no caso do artigo 124, inciso I e inciso III, do artigo 135, ambos do Código Tributário Nacional:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

O artigo 124, inciso I do Código Tributário Nacional, não deve ser considerado como caso de desconsideração da personalidade jurídica. A solidariedade mencionada é uma relação entre contribuintes, “se duas pessoas participam do fato gerador na condição de contribuintes, há solidariedade entre elas.”<sup>247</sup> Logo, seria equivocada, observando apenas o dispositivo legal acima, a aplicação o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

O inciso III do artigo 135 do Código Tributário Nacional não faz referência aos sócios, mas sim os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado que tenham praticado atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Nesse sentido Marlon Tomazette<sup>248</sup> aduz:

<sup>247</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 268.

<sup>248</sup> TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 270.

Além disso, é certo que tal dispositivo pressupõe atos praticados com excesso de poder, com infração da lei, dos estatutos ou do contrato social. Assim sendo, é certo que também não estamos diante de hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, mas de hipóteses de responsabilidade simples dos administradores.

Leandro Paulsen<sup>249</sup> explique que:

O artigo 135 do Código Tributário Nacional retrata a modalidade de responsabilização direta e exclusiva de terceiros e, conseqüentemente, caso de exclusão da responsabilidade da sociedade para aquele exclusivo fato – imposição que só pode ocorrer quando comprovado, pela Fazenda Pública, o excesso de poderes ou a infração à lei comercial ou tributária, quando está última tipificada, por exemplo, condutas que configurem crimes contra a ordem tributária.

O artigo 135 do Código Tributário Nacional menciona a respeito de infração a lei, para fins do artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional e não da desconsideração da personalidade jurídica.

Conclui-se da análise, tão somente da legislação tributária, que há impossibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, justamente por não haver dispositivos legais na legislação tributária autorizando o ato da desconsideração.

## 5. CONCLUSÃO

Atualmente o entendimento sobre a desconsideração da personalidade jurídica será dado de acordo com o órgão julgador, ou seja, na justiça trabalhista o entendimento é diferente da justiça comum, que também difere dos órgãos julgadores de matéria tributária.

A responsabilidade solidária que existe entre os sócios é limitada ao valor de sua quota ou do montante integralizado quando da constituição de determinada sociedade. Ou até mesmo responsabilidade solidária existente entre empresas de um mesmo grupo econômico e não entre os sócios das empresas pertencentes desse grupo.

A desconsideração da personalidade jurídica, diferentemente da

<sup>249</sup> PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 954.



responsabilidade solidária, irá executar os bens do sócio, após tentativas frustradas de executar os bens da sociedade, de forma excepcional, devendo ser observado os casos previstos em lei.

Hoje há entendimentos que divergem do previsto em lei, por simplesmente vislumbrar uma situação que facilite o alcance do crédito pretendido pelo autor, sem a devida observância dos dispositivos legais, do princípio da autonomia patrimonial e da responsabilidade limitada inerente à grande maioria das sociedades existente no Brasil.

O cerne da questão é utilizar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica de forma banalizada e desarrazoada trazendo impactos negativos no mercado e consequentemente na economia, pois se o direito não traz a segurança jurídica que é esperada quando da interpretação das leis, o mercado sente essa insegurança e tende a desestimular o investimento no mercado brasileiro.

A interpretação extensiva de forma exacerbada cria precedentes que são tidos praticamente, no caso da jurisdição trabalhista, como normas que apenas existem quando é favorável para determinada pessoa da relação jurídica, sem que seja considerado requisitos estabelecidos por lei.

A possibilidade de ser desconsiderada a pessoa jurídica em searas do direito onde não existe a previsão expressa, pode sim acontecer, mas usando normas e critérios legais já existentes e obedecendo a autonomia patrimonial, a responsabilidade limitada, lembrando que a desconsideração deve ser usada de maneira excepcional.

## 6. REFERÊNCIAS

ALEMIDA, Amador Paes de. **Execuções de bens dos sócios**: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência). 6. ed. São Paulo: Saraiva.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1325663**. Rororrente: Morocó Participações e Comercio SA. Recorrido: Riprauto Veículos Ltda. – Massa Falida. Relator(a): Min. Nancy Andrioghi. Data do Julgamento: 11 de junho de 2013.

BULGARELLI, Waldirio. **Manual das sociedades anônimas**. São Paulo: Atlas, 1998.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4. t. 2.

CASTELLÕES, Leonardo de Gouvêa. **Grupos de sociedade**. Curitiba: Juruá, 2008.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIAMPOLINI NETO, Cesar; WARDE JR., Walfrio Jorge (Coord.). **O direito de empresa nos tribunais brasileiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil, parte geral e LINDB**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

FERRAZ, Daniel Amin. **Direito empresarial: marco jurídico de internacionalização das empresas brasileiras**. Curitiba: CRV.

FERRAZ, Daniel Amin. O grupo de sociedades: mecanismo de inserção da empresa transnacional na nova ordem econômica internacional. **Revista de Direito Internacional**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 15-25, jan/jun. 2012.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes (Coord.). **Direito societário contemporâneo I**. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) e os grupos de empresas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MELLO, Marco Aurélio. **O Direito em tempos de incertezas**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI223331,41046-O+Direito+em+tempos+de+incertezas+por+Marco+Aurelio+Mello>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

NAHAS, Thereza Christina. **Desconsideração da pessoa jurídica: reflexos civis e empresariais no direito do trabalho**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

REsp 1253383 / MT RECURSO ESPECIAL 2011/0075097-0. Relator(a) Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva Órgão Julgador - Terceira Turma. Data do Julgamento 12/06/2012 Data da Publicação/Fonte DJe 05/10/2012.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

# **CONTRIBUIÇÃO DESTINADA À SEGURIDADE SOCIAL PELOS COOPERADOS DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO: A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DO ART. 22, DA LEI Nº 8.212/1991**

Vandir Odácio Efel<sup>250</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Histórico da Contribuição. 2.1. Constituição de 1988. 2.2. Leis. 3. Instituição da contribuição previdenciária a cargo das cooperativas prevista no inciso IV, do art. 22, da Lei nº 8.212/1991. 4. Recursos Extraordinários. 4.1 RE 597.315/RJ. 4.2. RE 595.838/SP. 5. Ato Declaratório Interpretativo da Receita Federal. 6. Resolução do Senado Federal. 7. Conclusão. 8. Referências.

## **RESUMO**

O presente trabalho tem por objetivo analisar contribuição social a cargo das cooperativas de trabalho, regulamentada pela Lei Complementar nº 84/1996, posteriormente revogada pela Lei Ordinária nº 9.876/1999, que ao revogar a Lei Complementar que regulamentava a contribuição, levou a matéria para a Lei nº 8.212/1991, acrescentando o inciso IV, ao art. 22, nesta. Posteriormente o Supremo Tribunal Federal, em RE 595.838-SP, de 2014, declarou a inconstitucionalidade do art. 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/1991. Em consequência da declaração de inconstitucionalidade, o Senado Federal promulgou a Resolução nº 10, de 30 de março de 2016, suspendendo a execução do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, declarado inconstitucional por decisão definitiva proferida pelo STF nos autos do Recurso Extraordinário nº 595.838. Nesse ínterim, entre a declaração de inconstitucionalidade pelo STF e a Resolução do SF, a Receita Federal por meio do Ato Declaratório Interpretativo nº 5, de 25 de maio de 2015, aumentou para vinte por cento a alíquota da contribuição previdenciária a que deve recolher o trabalhador cooperado.

**Palavra-chave:** COOPERATIVA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE.

<sup>250</sup> Graduado em Direito e Especialização em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. E-mail: vandiroe@hotmail.com

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, dentre seus diversos objetivos, preocupou-se com o estímulo aos sistemas associativistas, um destes, o cooperativismo. Para tanto, deixou expresso em seu texto: primeiro no artigo dos direitos fundamentais, ao ordenar, no inciso XVIII que a criação de associações, na forma da lei, e a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento; no art. 146, inciso, inciso II, alínea c, informa que a lei complementar dará adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas; depois, no art. 174, § 2º, cita que, o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, na forma da lei, apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo.

Analisaremos a introdução da contribuição social referente destinada a manutenção do sistema previdenciária prevista pelo texto constitucional e que foi regulamentada pela LC nº 84/1996, que estabeleceu a alíquota de quinze a cargo das cooperativas de trabalho sobre do total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados, a título de remuneração ou retribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas por intermédio delas. Dessa forma atendeu o mandamento constitucional contido no art. 146, inciso III, alínea c, atribuído à lei complementar.

Posteriormente coube ao legislador ordinário propor alteração material na alíquota de contribuição, aprovando mudanças nos critérios de incidência da respectiva alíquota, que passou a incidir valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho. Tal modificação, realizado por meio da Lei Ordinária nº 9.876/1999, culminou com a revogação da LC nº 84/1996, e conseqüentemente o texto modificativo foi acrescentado ao Lei nº 8.212/1991.

Essa mudança nos critérios de incidência da alíquota provou um grande número de ações judiciais questionando a constitucionalidade da norma. Foram suscitadas questões como a impossibilidade de alteração da lei complementar por lei ordinária, mas o questionamento que levou a declaração de inconstitucionalidade pelo STF e conseqüentemente a suspensão da execução pelo Senado Federal, sobre o ponto específico que trata o art. 22, inciso IV, da

Lei nº 8.212/1991, foi o reconhecimento pela Corte Suprema, no RE 595.838/SP<sup>251</sup>, de que houve extrapolação da base econômica delineada no art. 195, inciso I, alínea a, da Constituição, ou seja da norma sobre a competência para instituir contribuição sobre a folha ou sobre os rendimentos do trabalho. Além da violação do princípio da capacidade contributiva, estampado no art. 145, § 1º, do texto constitucional.

Faremos, ainda, uma abordagem sobre o Ato Declaratório Interpretativo, de nº 5, de 25 de maio de 2015, que, em consequência da declaração de inconstitucionalidade do inciso IV, do art. 22, da Lei nº 8.212/1991, alterou a alíquota do contribuinte individual cooperado, cuja contribuição variava de oito a onze por cento, proporcional a remuneração, para uma alíquota única de vinte por cento sobre a remuneração recebida pelo trabalho prestado por intermédio de cooperativa.

E, por fim, trataremos da resolução do Senado Federal que suspendeu que suspendeu a execução do inciso IV, do art. 22 da Lei nº 8.212/1991, declarado inconstitucional por decisão definitiva proferida pelo STF, nos autos do RE nº 595.838.

## 2. HISTÓRICO DA CONTRIBUIÇÃO

### 2.1. Constituição de 1988

Optamos para iniciar nossa abordagem sobre a contribuição à seguridade sócia a cargo das cooperativas de trabalho recolhida pelo trabalho prestado pelos cooperados às pessoas jurídicas, mesmo porque as cooperativas de trabalho só vieram a ter sua regulamentação com a edição da Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012<sup>252</sup>, que dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho e institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho – PRONACOOP.

<sup>251</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 595.838/SP**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE595838.pdf>>. Acesso em 25 abr. 2016. p. 8.

<sup>252</sup> BRASIL. **Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012**. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.html)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

A atividade cooperativa tem sua essência no texto da Constituição de 1988<sup>253</sup>, que promove o estímulo ao sistema de cooperativismo, logo no artigo que trata dos direitos fundamentais o texto já aborda o cooperativismo, o que nos mostra o art. 5º, inciso XVIII<sup>254</sup>, que trata da criação de associações e de cooperativas, sem que seja necessário a autorização do Estado e veda vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

O texto constitucional segue estimulando o sistema cooperativista: a) no art. 146, inciso III, alínea c, atribui à lei complementar estabelecer normas sobre legislação tributária, dando tratamento adequado ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas<sup>255</sup>; b) no art. 174, §§ 2º e 3º, trata de informar que a lei estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo, o Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, além de dar prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos minerais garimpáveis<sup>256</sup>.

Ainda trata do tema nos art. 187, inciso VI<sup>257</sup>, na área do cooperativismo agrícola, e art. 192<sup>258</sup>, sobre as cooperativas de crédito.

<sup>253</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.html)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

<sup>254</sup> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento.

<sup>255</sup> Art. 146. Cabe à lei complementar: III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

<sup>256</sup> Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 2º A lei apoiará e estimulará o cooperativismo e outras formas de associativismo. § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros. § 4º As cooperativas a que se refere o parágrafo anterior terão prioridade na autorização ou concessão para pesquisa e lavra dos recursos e jazidas de minerais garimpáveis, nas áreas onde estejam atuando, e naquelas fixadas de acordo com o art. 21, XXV, na forma da lei.

<sup>257</sup> Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: VI - o cooperativismo;

<sup>258</sup> Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o com-

## 2.2. Leis

Só com a edição da Lei nº 12.690/2012<sup>259</sup>, é que as cooperativas de trabalho tiveram sua regulamentação na lei.

Mas, para o tema que nos debruçamos, nos interessa a entrada em vigor da lei complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996, que dispôs sobre instituiu a fonte de custeio para a manutenção da Seguridade Social, na forma do § 4º do art. 195 da Constituição Federal. A LC nº 84/1996<sup>260</sup>, no art. 1º, incisos I e II, regulamentos a cobrança de contribuições sociais para a manutenção da Seguridade Social. No inciso I, tratou das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, exceção feita as cooperativas de trabalho, que foram tratadas no inciso II. Onde definiu a alíquota de quinze por cento do total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados, a título de remuneração ou retribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas por intermédio delas. A qual foi regulamentada pelo Decreto nº 1.826, de 29 de fevereiro de 1996, posteriormente revogado pelo Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, que aprovou o regulamento da Previdência Social.

A LC nº 84/1996 permaneceu em vigor até a edição da Lei nº 9.876, de

---

põem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

<sup>259</sup> Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012. Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Art. 1º A Cooperativa de Trabalho é regulada por esta Lei e, no que com ela não colidir, pelas Leis nos 5.764, de 16 de dezembro de 1971, e 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Parágrafo único. Estão excluídas do âmbito desta Lei: I - as cooperativas de assistência à saúde na forma da legislação de saúde suplementar; II - as cooperativas que atuam no setor de transporte regulamentado pelo poder público e que detenham, por si ou por seus sócios, a qualquer título, os meios de trabalho; III - as cooperativas de profissionais liberais cujos sócios exerçam as atividades em seus próprios estabelecimentos; e IV - as cooperativas de médicos cujos honorários sejam pagos por procedimento. Art. 2º Considera-se Cooperativa de Trabalho a sociedade constituída por trabalhadores para o exercício de suas atividades laborativas ou profissionais com proveito comum, autonomia e autogestão para obterem melhor qualificação, renda, situação socioeconômica e condições gerais de trabalho.

<sup>260</sup> Art. 1º Para a manutenção da Seguridade Social, ficam instituídas as seguintes contribuições sociais: I - a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, no valor de quinze por cento do total das remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas; II - a cargo das cooperativas de trabalho, no valor de quinze por cento do total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados, a título de remuneração ou retribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas por intermédio delas.

26 de novembro de 1999, que a revogou, acrescentando à Lei nº 8.212,<sup>261</sup> de 24 de julho de 1991, o inciso IV ao art. 22, veio a ter sua execução suspensa pela Resolução nº 10/2016, do Senado Federal<sup>262</sup>.

A declaração de inconstitucionalidade veio por meio do RE nº 595.838-SP<sup>263</sup>, que de provimento ao recurso extraordinário para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99.

Ainda devemos fazer referência a Lei nº 8.949<sup>264</sup>, de 19 de dezembro de 1994, que incluiu o parágrafo único ao art. 442, da CLT, autorizando tacitamente o funcionamento das cooperativas de trabalho. Com o advento da referida lei não há restrição à constituição das cooperativas de trabalho, no entanto, as dificuldades se alocam na sua caracterização e na correta adequação aos princípios que informam o cooperativismo<sup>265</sup>.

### **3. INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO PREVISTA NO INCISO IV, do art. 22, da Lei nº 8.212/1991**

A contribuição social a cargo das cooperativas de trabalho, da qual trata o

<sup>261</sup> Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.

<sup>262</sup> Art. 1º É suspensa, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal a execução do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, declarado inconstitucional por decisão definitiva proferida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos do Recurso Extraordinário nº 595.838.

<sup>263</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO 595.838 SÃO PAULO - VOTO - O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI (RELATOR): O recurso preenche os requisitos gerais de admissibilidade, estando apto para o conhecimento. Cabe-nos, pois, adentrar o mérito da questão, verificando se a contribuição previdenciária prevista no art. 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, com a redação dada pela Lei nº 9.876/99, encontra fundamento de validade no inciso I, letra a, do art. 195 da Constituição Federal, ou se, ao revés, não se enquadrando nas hipóteses da referida norma constitucional, configuraria nova fonte de custeio, somente podendo ser instituída, assim, por lei complementar, conforme determina o § 4º do art. 195 da Constituição, na forma do art. 154, I, do texto constitucional.

<sup>264</sup> Parágrafo único. Qualquer que seja o ramo de atividade da sociedade cooperativa, não existe vínculo empregatício entre ela e seus associados, nem entre estes e os tomadores de serviços daquela."

<sup>265</sup> GIL, Vilma Dias Bernarde. *As novas relações trabalhistas e o trabalho cooperado*. São Paulo: LTr, 2002. p. 153.



inciso II, do art. 1º, da LC nº 84/1996, foi definida no valor de quinze por cento do total das importâncias pagas, distribuídas ou creditadas a seus cooperados a título de remuneração ou retribuição pelos serviços que prestem a pessoas jurídicas por intermédio delas. No inciso I, do mesmo artigo, a norma define a contribuição a cargo das empresas e pessoas jurídicas, inclusive cooperativas, estipulando o valor de quinze por cento total das remunerações ou retribuições por elas pagas ou creditadas no decorrer do mês, pelos serviços que lhes prestem, sem vínculo empregatício, os segurados empresários, trabalhadores autônomos, avulsos e demais pessoas físicas.

A LC nº 84/1996, ao instituir a contribuição previdenciária, fez por autorização da Lei Maior, que prevê no art. 195, § 4º, que a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I, do texto constitucional.

A Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, deu nova redação aos incisos I e II do art. 195, da CF/1988<sup>266</sup>. Segundo Hugo de Brito Machado<sup>267</sup>, antes das alterações introduzidas pela EC nº 20/1998 as contribuições à seguridade social estavam definidas no âmbito constitucional, mas após a nova redação dada aos incisos I e II, do art. 195, da CF/1988, dependerá da edição de lei ordinária que estabeleça a equiparação das cooperativas às demais empresas.

A Lei nº 9.876/1999, revogou a LC nº 84/1996, ao mesmo tempo que acabou com a distinção da contribuição ao INSS entre as cooperativas e os demais contribuintes<sup>268</sup>. A entrada em vigor dessa alteração forma de contribuição suscitou diversos questionamentos no judiciário, e exemplo dos RE 597.315/RJ e 595.838/SP, este último culminou na Resolução nº 10/SE, suspendendo a execução da parte da norma, referente a que acrescentou o inciso IV, ao art. 22, da Lei nº 8.212/1991, por ter tido declarada a sua inconstitucionalidade.

<sup>266</sup> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

<sup>267</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 425.

<sup>268</sup> PERIUS, Vergílio Frederico. **Cooperativismo e lei**. São Leopoldo: Unisinos, 2001. p. 234.

Em 16 de março de 2007 a Lei nº 11.457, cria a Receita Federal do Brasil, órgão que unificou as atividades de arrecadação dos tributos federais e das contribuições de seguridade social. Considerada flagrantemente inconstitucional por Machado<sup>269</sup>.

## 4. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

### 4.1. RE 597.315/RJ.

Em decisão tomada em 10 de dezembro de 2011, o RE nº 597.315/RJ, que trata do debate sobre a compatibilidade da inclusão, na base de cálculo de contribuição destinada ao custeio da seguridade social, dos valores recebidos pelas cooperativas e provenientes não de seus cooperados, mas de terceiros tomadores de seus serviços ou adquirentes de mercadorias vendidas<sup>270</sup>, entendeu presente o requisito da repercussão geral, e passou a análise do mérito da matéria.

RE 597.315/RJ:

Ementa: TRIBUTÁRIO. COOPERATIVAS. SUJEIÇÃO PASSIVA À CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DA SEGURIDADE SOCIAL. PROPOSTA PELO RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL.

O relator da matéria, ministro Joaquim Barbosa, reconhece a validade do inciso II, do art. 1º da LC nº 84/1996, e vota pela obrigação das cooperativas em contribuírem como a contribuição social. Como vemos a pronúncia do Ministro:

De acordo com o inciso II do art. 1º da LC nº 84/96 as cooperativas devem contribuir com uma contribuição social incidente sobre o total das quantias pagas, distribuídas ou creditadas por elas a seus cooperados, a título de remuneração ou retribuição pelos serviços prestados por estes a pessoas jurídicas, sob a intermediação das mesmas (cooperativas). O que o legislador fez, foi tão-somente adaptar às cooperativas de trabalho o mesmo princípio adotado no inciso anterior (I) em relação às empresas em geral, inclusive às próprias cooperativas, quando estas efetuam pagamentos a autônomos que não sejam cooperados.

A norma tributária em questão não se está focalizando nos serviços prestados à cooperativa (exação prevista no inciso I do art. 1º), mas nos serviços prestados pelos cooperados a

<sup>269</sup> MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 426.

<sup>270</sup> Trata-se do assunto discutido no referido RE, cuja matéria foi suscitada a repercussão geral.

pessoas jurídicas por seu intermédio. O fato de que a cooperativa não se aproveita dos serviços prestados não constitui óbice à exigibilidade da contribuição, pois o fato gerador da norma tributária é justamente a intermediação entre o prestador e o tomador do serviço. Tampouco a Lei Complementar nº 84/96 afrontou os princípios da capacidade contributiva e da igualdade, uma vez que aplicou, para as cooperativas, base de cálculo e alíquotas diferenciadas em relação às empresas em geral, o que garante um tratamento especial.

No seu voto, ainda faz referência ao adequado tratamento tributário, de que trata o art. 146, inciso III, alínea c, da CF/1988, afirmando que o texto constitucional na estabeleceu expressamente uma espécie de imunidade às cooperativas e que a LC nº 84/1996, em seu art. 1º inclui expressamente as cooperativas como sujeitas passivas na obrigação tributária<sup>271</sup>.

Da leitura do dispositivo constitucional em comento, não se vislumbra a possibilidade de que este tenha pretendido abonar incidência tributária sobre os atos cooperativos. Isso porque o legislador tratou de forma expressa no texto constitucional as imunidades tributárias, discriminando as hipóteses subjetivas e objetivas que limitam o poder de tributar das pessoas políticas<sup>272</sup>.

Na manifestação do Ministro Dias Toffoli, sobre o RE 597.315/RJ, ele aborda que a questão constitucional trazida aos autos restringe-se à contribuição social a cargo das cooperativas de trabalho, nas hipóteses previstas no art. 1º, inciso II, da LC nº 84/96, **“no período em que essa lei produziu seus efeitos, pois a citada norma foi revogada, após as alterações promovidas pela EC 2098 ao art. 195, I, da Constituição Federal, pela Lei 9.876/99.”**<sup>273</sup>

Ao fazer referência a Lei nº 9.876/1999, leia-se que a referida lei revogou, além de outros dispositivos, a LC nº 84/1996, na íntegra. No entanto, acrescentou à Lei nº 8.212/1991, o inciso IV, ao art. 22, com a matéria contida no inciso II, do art. 1º, da, já citada lei complementar.

<sup>271</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 597.315/RJ**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1748799>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

<sup>272</sup> O corolário dessa assertiva é que, se o legislador constitucional quisesse excluir o ato cooperativo do campo de atuação da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, no exercício de seu poder de tributar, tê-lo-ia feito de forma expressa, de modo a dizer que não caberia a tais pessoas políticas instituir impostos sobre a prática do ato cooperativo, como fez em inúmeras outras situações. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de; BRAGA, Ricardo. **Cooperativas à luz do Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 227-228.

<sup>273</sup> Extrato do voto do Ministro Dias Toffoli referente ao RE 597.315/RJ.

Observa o Ministro Toffoli, no seu voto, de que foi relator do RE 595.838, que a matéria teve, nos autos deste RE, reconhecida sua repercussão geral

#### **4.2. RE 595.838/SP**

No mérito, o Min. Toffoli, relator do RE 595.838/SP, passa a analisar a existência dos fundamentos de validade no inciso I, alínea a, do art. 195, da CF/1988, relacionada a contribuição previdenciária prevista no inciso IV, do art. 22, da Lei nº 8.212/1991, com redação dada pela Lei nº 9.876/1999. Na inexistência dos respectivos fundamentos de validade configuraria nova fonte de custeio, e que só poderia ser instituída por lei complementar, nos termos do § 4º, do art. 195 c/c o art. 154, inciso I, ambos do texto constitucional.

Na análise do voto do Min. Toffoli, vemos a tradução da vontade do legislador constitucional, de incentivar o cooperativismo, dispensando tratamento diferenciado ao ato cooperativo. Tributando, não de forma a favorecer as cooperativas, com tarifas menores ou outras benesses, mas de forma justa, adequada ao formato cooperativo.

Tributar a cooperativa de trabalho, nos termos do inciso IV, do art. 22, da Lei nº 8.212/1991, é penalizar o trabalhador que se reúne na forma de cooperativa para poder auferir uma remuneração individual superior ao prestar o trabalho de forma cooperativada. Da forma em que está redigido o texto da norma supra citada, traz um desequilíbrio tributário entre as cooperativas de trabalho e as demais empresas, onerando mais o trabalho cooperado do que o trabalho empregado.

O que vemos é que STF está atento as situações adversas criadas pelo legislador, mesmo que tenha que sofrer forte provocação para agir, vem amenizando os efeitos provocados por certas normas legais. No RE em questão, o relator reconhece que a base de cálculo adotada pelo inciso IV, do art. 22, da Lei nº 8.212/1991, com redação dada pela Lei nº 9.876/1999, “não resiste a um controle de constitucionalidade”. A base de cálculo é definida como o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, englobando, assim não só os rendimentos do trabalho que são repassados aos cooperados, mas também as demais despesas que integram o preço contratado.

Ao analisar o critério material da contribuição previdenciária, o relator acrescenta que a base de cálculo deve ser pelo valor da remuneração desse

serviço<sup>274</sup>, pois não podem incidir sobre os valores gastos, a exemplo, com taxa de administração e custos para a manutenção da estrutura de atendimento ao conjunto de associados.

A conclusão do Relator<sup>275</sup>, a nosso ver, seria a única possível para a questão. Pois concluiu o Relator, que houve violação do princípio da capacidade contributiva da cooperativa, nos termos do § 2º do art. 145, do texto constitucional, além de extrapolar a base econômica prevista na alínea a, do inciso I, do art. 195, da CF/88.

O STF, em julgamento de plenário no dia 23/04/2014, admitiu a repercussão geral do RE 595.838/SP e declarou a inconstitucionalidade, do inciso IV, do art. 22, da Lei nº 8.212/1991, incluído pela Lei nº 9.876/1999, que estipulava a cobrança de quinze por cento de contribuição social sobre a prestação de serviços por meio de cooperativas de trabalho.

## 5. ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO DA RECEITA FEDERAL

No Ato Declaratório Interpretativo, de nº 5, de 25 de maio de 2015<sup>276</sup>, a Receita Federal do Brasil, com base na declaração de inconstitucionalidade, do inciso IV, do art. 22, da Lei nº 8.212/1991, declarada pelo SFT, que estipulava a cobrança de quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura

<sup>274</sup> No caso da contribuição previdenciária analisada nesses autos, cujo critério material pretende ser o da prestação do serviço, a base de cálculo não poderia ser outra que não o valor da remuneração desse serviço. Dito de outro modo, a base de cálculo há de ser representada pela medida do serviço prestado pelo cooperado, havendo manifesta violação do texto constitucional na hipótese de se calcular a contribuição com base nos valores pagos a qualquer outro título. RE 597.315/RJ, p. 6.

<sup>275</sup> Diante de tudo quanto exposto, é forçoso reconhecer que, no caso, houve extrapolação da base econômica delineada no art. 195, I, a, da Constituição, ou seja, da norma sobre a competência para se instituir contribuição, o sobre a folha ou sobre outros rendimentos do trabalho. Houve violação do princípio da capacidade contributiva, estampado no art. 145, § 1º, da Constituição, pois os pagamentos efetuados por terceiros às cooperativas, não se confundem com os valores efetivamente pagos ou creditados aos cooperados. Ademais o legislador ordinário acabou por descaracterizar a contribuição hipoteticamente incidente sobre os rendimentos do trabalho dos cooperados, tributando o faturamento da cooperativa, com evidente bis in idem. A contribuição instituída pela Lei nº 9.876/99 representa nova fonte de custeio, sendo certo que somente poderia ser instituída por lei complementar, com base no art. 195, § 4º - com a remissão feita ao art. 164, I, da Constituição.

<sup>276</sup> ATO DECLARATÓRIO INTERPRETATIVO RFB Nº 5, DE 25 DE MAIO DE 2015 (Publicado no DOU de 26/05/2015, seção 1, pág. 15). Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=64480&visao=anotado>>. Acesso em: 26 abr. 2016.

de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho, alterou a contribuição previdenciária a cargo do trabalhador cooperado, para vinte por cento sobre o montante da remuneração recebida ou creditada em decorrência do serviço, observados os limites mínimo e máximo do salário de contribuição<sup>277</sup>.

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional emitiu a NOTA PGFN/CRJ/Nº604/2015<sup>278</sup>, de 02 de julho de 2015, onde entende que se afastada a cobrança da contribuição previdenciária da empresa tomadora de serviços, os valores percebidos pelos trabalhadores cooperados a título de contraprestação pelos serviços prestados à empresa por intermédio da cooperativa de trabalho, deverão ser tributados sob o mesmo regime aplicável ao contribuinte individual sem vínculo com empresa, consoante estabelece a Lei nº 8.212, de 1991<sup>279</sup>.

O entendimento de que a empresa tomadora teria a obrigação de recolher a contribuição sobre o valor da nota fiscal ou fatura dos serviços prestados pelos cooperados, agora não mais possível, acarreta na perda do direito de deduzir de sua contribuição mensal quarenta e cinco por cento do montante recolhido ou

<sup>277</sup> Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 5, de 25 de maio de 2015, O SECRETÁRIO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos III e XXVI do art. 280 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil, aprovado pela Portaria MF nº 203, de 14 de maio de 2012, e tendo em vista o disposto no art. 21 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, bem como a declaração de inconstitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário nº 595.838 - São Paulo, com repercussão geral reconhecida, da contribuição prevista no inciso IV do art. 22 da mesma Lei, recurso no qual, com base no art. 19, inciso IV e § 4º da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional não mais contestará e recorrerá, conforme Nota/PGFN/CASTF nº 174, de 2015, declara: Art. 1º O contribuinte individual que presta serviço a empresa por intermédio de cooperativa de trabalho deve recolher a contribuição previdenciária de 20% (vinte por cento) sobre o montante da remuneração recebida ou creditada em decorrência do serviço, observados os limites mínimo e máximo do salário de contribuição. Art. 2º A Secretaria da Receita Federal do Brasil não constituirá crédito tributário decorrente da contribuição de que trata o § 1º do art. 1º da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, que instituiu contribuição adicional àquela prevista no inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212, de 1991, para fins de custeio de aposentadoria especial para cooperados filiados a cooperativas de trabalho. Art. 3º Ficam modificadas as conclusões em contrário constantes em Soluções de Consulta ou em Soluções de Divergência emitidas antes da publicação deste ato, independentemente de comunicação aos consultantes.

<sup>278</sup> BRASIL. Receita Federal do Brasil. **NOTA PGFN/CRJ/Nº604/2015**. Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/legislacao/decisoes-vinculantes-do-stf-e-do-stj-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/arquivos-e-imagens/nota-pgfn-crj-no-604-2015.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2016.

<sup>279</sup> Item 20, da NOTA PGFN/CRJ/Nº604/2015, de 02 de julho de 2015.

declarado pela empresa tomadora, até o limite de nove por cento do salário de contribuição<sup>280</sup>. Assim o cooperado deveria recolher, no mínimo, o equivalente a alíquota de onze por cento sobre o respectivo salário de contribuição, nos termos do art. 30, §§ 4º e 5º da Lei nº 8.212/1991<sup>281</sup>.

A consequência desse entendimento vem a contribuição previdenciária do trabalhador cooperado passou para o equivalente a vinte por cento da remuneração recebida ou creditada pela prestação de serviços, observados os limites máximos e mínimos de contribuição.

Nessa condição, o trabalhador que contribuía com o equivalente entre nove e onze por cento da sua remuneração, observados os limites legais, passou a contribuir com vinte por cento da remuneração, nos limites estabelecidos na lei.

## 6. RESOLUÇÃO DO SENADO FEDERAL

A Resolução nº 10, 30 de março de 2016, do Senado Federal, atendendo o mandamento constitucional, contido no art. 52, inciso X<sup>282</sup>, suspende a execução do inciso IV, do art. 22, da Lei nº 8.212/1991, por ter sido declarado inconstitucional por decisão definitiva do STF, nos autos do RE nº 595.838.

Diante da publicação da resolução do Senado Federal suspendendo a execução do recolhimento da contribuição previdenciária, nos termos da norma em comento, fica suspensa. Mas a Receita Federal, ciente da declaração de inconstitucionalidade da norma pelo do STF, editou o Ato Declaratório Interpretativo RFB nº 5, de 25 de maio de 2015, determinando que o contribuinte individual que presta serviço a empresa por intermédio de cooperativa de trabalho deve recolher a contribuição previdenciária de 20% (vinte por cento)

<sup>280</sup> Item 23, da NOTA PGFN/CRJ/Nº604/2015, de 02 de julho de 2015.

<sup>281</sup> Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93). § 4º Na hipótese de o contribuinte individual prestar serviço a uma ou mais empresas, poderá deduzir, da sua contribuição mensal, quarenta e cinco por cento da contribuição da empresa, efetivamente recolhida ou declarada, incidente sobre a remuneração que esta lhe tenha pago ou creditado, limitada a dedução a nove por cento do respectivo salário-de-contribuição. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999). o Aplica-se o disposto no § 4º ao cooperado que prestar serviço a empresa por intermédio de cooperativa de trabalho. (Incluído pela Lei nº 9.876, de 1999).

<sup>282</sup> Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

sobre o montante da remuneração recebida ou creditada em decorrência do serviço, observados os limites mínimo e máximo do salário de contribuição.

## 7. CONCLUSÃO

Ao concluirmos o trabalho o fizemos sem termos todas as respostas para as quais o legislador elaborou as normas em comento. Pois para que a alteração promovida pelo legislador ordinário na contribuição previdenciária recolhida pelas cooperativas de trabalho, tivesse sua inconstitucionalidade declarada pela Corte Suprema, não resta dúvida, que tal modificação afrontou gravemente o texto constitucional.

Após declarada a inconstitucionalidade do inciso IV, do art. 22, da Lei nº 8.212/1991, a Receita Federal, sofrendo perda de arrecadação com a respectiva fatia de contribuintes, voltou-se contra o ponto mais fraco, que é o trabalhador cooperado, a alíquota de contribuição individual. Na sua justificativa, informa que deixou de conceder o desconto ao contribuinte individual cooperado.

Ao nosso ver é flagrante a agressão ao texto constitucional a decisão da Receita Federal, ao retirar benefícios do trabalhador cooperado, indo de encontro a Constituição que insistentemente deseja incentivar o ato cooperado.

Pensamos que o legislador ordinário deva, rapidamente propor a instituição de norma de acordo com a Constituição, para que o ato cooperado seja tratado de acordo com os requisitos do texto constitucional.

## 8. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de; BRAGA, Ricardo. **Cooperativas à luz do Código Civil**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

GIL, Vilma Dias Bernarde. **As novas relações trabalhistas e o trabalho cooperado**. São Paulo: LTr, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

PERIUS, Vergílio Frederico. **Cooperativismo e lei**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2016.



\_\_\_\_\_. **Decreto nº 1.826, de 29 de fevereiro de 1996.** Regulamenta a Lei Complementar nº 84, de 18 de janeiro de 1996, que institui fonte de custeio para a manutenção da Seguridade Social. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1826.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1826.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3048.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3048.htm#art3)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8212cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8212cons.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999.** Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9876.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9876.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012.** Dispõe sobre a organização e o funcionamento das Cooperativas de Trabalho; institui o Programa Nacional de Fomento às Cooperativas de Trabalho - PRONACOOOP; e revoga o parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12690.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Receita Federal do Brasil. **Ato declaratório interpretativo RFB nº 5, de 25 de maio de 2015.** (Publicado no DOU de 26/05/2015, seção 1, pág. 15). Disponível em <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=64480&visao=anotado>> Acesso em 26 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Receita Federal do Brasil. **NOTA PGFN/CRJ/Nº604/2015.** Disponível em <<http://idg.receita.fazenda.gov.br/aceso-rapido/legislacao/decisoes-vinculantes-do-stf-e-do-stj-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/arquivos-e-imagens/nota-pgfn-crj-no-604-2015.pdf>>. Acesso em 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 10/2016.** Do Senado Federal. Suspende, nos termos do art. 52, inciso X, da Constituição Federal, a execução do inciso IV do art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Congresso/RSF%2010.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Congresso/RSF%2010.htm)>. Acesso em: 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 597.315/RJ.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1748799>>. Acesso em 25 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 595.838/SP.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE595838.pdf>>. Acesso em 25 abr. 2016.



Agência Brasileira do ISBN  
ISBN 978-85-61990-42-8



9 788561 990428